
한 국 상 사 법 학 회
2020년 추계 학술대회

주요 국가에서의 입법과 판례의 동향



- 일 시 : 2020년 10월 30일 (금) 13:30~18:00
- 장 소 : 전북대학교 진수당 351호

주최 : (사)한국상사법학회 / 전북대학교 동북아법연구소

한국상사법학회 2020년 추계학술대회 일정

- ◆ 대 주 제 : 주요 국가에서의 입법과 판례의 동향
- ◆ 일 시 : 2020. 10. 30. (금) 13:30 - 18:00
- ◆ 장 소 : 전북대학교 진수당 351호
- ◆ 주 최 : (사) 한국상사법학회 / 전북대학교 동북아법연구소
- ◆ 세부일정
 - 등 록 : 13:00 - 13:30
 - 개 회 식 : 13:30 - 13:50
 - 개 회 사 : 유진희 한국상사법학회 회장
 - 환 영 사 : 송양호 전북대 법전원장
- ◆ 주제발표 및 토론 : 13:50 - 17:30

【학술대회 일정】

세션	발표자	주제	사회자	토론자1	토론자2
13:30-13:40	개회사 및 환영사				
13:40-13:50	기념사진 촬영				
제1세션 13:50-14:30	오성근 교수 (제주대)	영국법의 동향 -브렉시트의 영향을 중심으로-	김병태 교수 (영산대)	고재종 교수 (선문대)	김광록 교수 (충북대)
제2세션 14:30-15:10	정대익 교수 (경북대)	독일법의 동향	송양호 교수 (전북대)	김선광 교수 (원광대)	이영종 교수 (가톨릭대)

Coffee Break (15:10-15:30)

제3세션 15:30-16:10	정준혁 교수 (서울대)	프랑스법의 동향	정준우 교수 (인하대)	황남석 교수 (경희대)	박세환 교수 (서울시립대)
제4세션 16:10-16:50	최문희 교수 (강원대)	일본법의 동향	양만식 교수 (단국대)	박수영 교수 (전북대)	김지환 교수 (경남대)
제5세션 16:50-17:30	권재열 교수 (경희대)	법무부 상법 개정안의 주요 쟁점 검토	안성포 교수 (전남대)	김태진 교수 (고려대)	성승제 박사 (법제연구원)
17:30-17:40	연구윤리교육				
17:40-17:50	임시총회				
17:50-18:00	정리 & 이동				

목 차

제1세션 : 영국법의 동향 - 브렉시트의 영향을 중심으로 -	오 성 근 / 1
(제주대학교 법학전문대학원 교수)	
• 사회자 : 김 병 태 교수 (영산대)	
• 토론자 : 고 재 중 교수 (선문대), 김 광 록 교수(충북대)	
제2세션 : 독일 회사법의 최근 동향 - 입법·판례를 중심으로 -	정 대 익 / 27
(경북대학교 법학전문대학원 교수)	
• 사회자 : 송 양 호 교수 (전북대)	
• 토론자 : 김 선 광 교수 (원광대), 이 영 중 교수 (가톨릭대)	
제3세션 : 프랑스 회사법의 최근 동향	정 준 혁 / 61
- 회사의 목적과 주주행동주의 관련 논의를 중심으로 - (서울대학교 법학전문대학원 교수)	
• 사회자 : 정 준 우 교수 (인하대)	
• 토론자 : 황 남 석 교수 (경희대), 박 세 환 교수 (서울시립대)	
제4세션 : 일본의 2019년 개정 회사법의 주요 내용과 시사점	최 문 희 / 81
(강원대학교 법학전문대학원 교수)	
• 사회자 : 양 만 식 교수 (단국대)	
• 토론자 : 박 수 영 교수 (전북대), 김 지 환 교수 (경남대)	
제5세션 : 법무부 상법 개정안의 주요 쟁점 검토	권 재 열 / 125
(경희대학교 법학전문대학원 교수)	
• 사회자 : 안 성 포 교수 (전남대)	
• 토론자 : 김 태 진 교수 (고려대), 성 승 제 박사 (법제연구원)	

제1세션

영국법의 동향
- 브렉시트의 영향을 중심으로 -

오 성 근
(제주대학교 법학전문대학원)

《 목 차 》	
I. 머리말	III. 브렉시트가 회사법제에 미치는 영향
II. EU의 법체계와 브렉시트로 인한 영국 법의 영향	IV. 맺음말

I. 머리말

브렉시트(Brexit)란 영국(Britain)의 유럽연합(EU) 탈퇴(Exit)를 뜻하는 합성어이다. EU조약(Treaty on European Union)은 회원국의 헌법상 요건(constitutional requirements)에 따라 연합(Union)에서 탈퇴할 수 있는 권리를 보장하고 있다(동조약 제50조 제1항). 브렉시트 역시 EU조약 제50조에 의거한 탈퇴행위이다.¹⁾ 영국은 2016년 6월 23일에 EU 탈퇴여부에 관한 국민투표를 실시하였다. 그 결과는 6월 24일 발표되었는데, 51.9%:48.1%의 근소한 차이로 영국국민은 EU에서 탈퇴하기로 결정하였다.²⁾ 영국은 국민투표의 종료 후 2018년 3월에 브렉시트를 단행할 예정이었다. 그러나 영국의회가 브렉시트 합의안을 부결처리하자 총 3차례 연기되는 우여곡절을 겪은 후 영국 내부의 법안 통과 절차와 유럽의회(European Parliament) 및 유럽이사회(The European Council)의 승인 절차까지 완료되면서 2020년 1월 31일자로 최종적으로 브렉시트를 단행하게 되었다.

영국이 EU에서 탈퇴를 하면, EU의 규칙 또는 지침에 의거하여 마련된 영국 내의 각종 사업법제에 영향을 미치게 된다. 우리나라의 기업의 경우 EU시장에 거점을 두고 사업을 하는 회사는 갈수록 증가하고 있고, 이 가운데 전기, 전자, 자동차·자동차부품분야, 게임 및 금융분야 등에서는 갈수록 영국에 대한 투자가 크게 늘어나고 있다. 그리하여 이러한 기업들은 영국이 브렉시트를 전제로 한 전략과 법제의 변화를 분석하고 대응을 할 필요가 있다.

한편, 일반적으로 브렉시트로 가장 큰 변화가 예상되는 부분은 무역, 통상, 세무 또는 고

1) John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister의 3인, Boyle & Birds' Company Law, LexisNexis, 10th ed., 2019, p.883.

2) Lee Roach, Company Law, OUP, 2019, p.35.

용부문이다. 그러므로 기업활동에 관한 법률인 회사법의 전반적인 틀에는 상대적으로 영향을 적게 받을 것으로 보인다. 그러나 브렉시트가 완성되면, 기본적으로 EU와 영국간의 법제상의 괴리가 불가피할 것이고, 「EU운영조약」(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 제54조 제2호의 회사 또는 법인(companies or firms)³⁾의 EU내의 자유이동(free movement)에 관한 제26조 제2호 등은 영국에 적용되지 아니하는 변화도 예상된다. 그리고 기본조약에 의거한 국제적인 합병 및 유럽회사(European Company Law, Societas Europaea, SE)⁴⁾이나 회계제도 등에 미치는 영향도 적지 아니할 것으로 보인다. 또한 기업의 공개매수법제에 대하여도 분석을 할 필요가 있을 것으로 보인다.

따라서 이 글에서는 이러한 내용을 나누어 관련법제에 미치는 영향을 살펴보고자 한다.

II. EU의 법체계와 브렉시트로 인한 영국법의 영향

1. EU의 법체계와 영국법

1.1. EU의 법체계

EU는 영국을 포함하여 28개 회원국이 EU조약과 EU운영조약(TFEU)를 체결함으로써 완성된 초국가적 조직이다. 기본적인 조직체계는 회원국의 국가정상으로 구성된 유럽이사회(The European Council, EU정상회의), EU의 입법 및 회원국 간 조정을 하는 EU이사회(Council of the European Union, 각료이사회), 직접 선거에 의하여 선출된 각국의 대표자로 구성된 유럽의회(European Parliament), 법안의 제출과 제정 후의 집행을 담당하는 유럽위원회(European Commission), EU법에 관한 판단을 내리는 법원인 EU사법재판소(Court of Justice of the European Union, CJEU)⁵⁾ 등의 기관으로 구성되어 있다.

EU에서는 경제적 합리성을 추구하고자 회원국의 권한을 EU로 위양함으로써 ‘법제정의 관점에서 규모의 경제’를 추진하고, 회원국 간의 장벽을 제거하고 있다. 그리하여 광범위한 분야에서 EU차원의 법률을 제정하고 있다. EU의 법률은 통상적인 국가와 마찬가지로 주로 제정법과 판례법 두 가지 종류가 있다. 제정법은 회원국에게 직접 효력을 갖는 규칙(Regulation)과 회원국의 국내법제의 제정을 통하여만 효력을 갖는 지침(Directive) 등 두 유형이 있다. 제정법의 규정은 일반적으로 유럽위원회가 법안을 EU이사회와 유럽의회에 제출하면, EU이사회와 유럽의회에서 심의를 한 후, 이들 3개 기관 간의 협의를 거쳐 최종적으로 결정된다. 실행규칙과 같이 유럽위원회가 직접 결정권한을 가진 것도 있다. 판례법은 회원국

3) 「EU운영조약」 제54조 제2호상의 회사 또는 법인이라 함은 민법 또는 상법에 의하여 설립되는 조직체로서 협동조합(cooperative societies) 및 다른 법인격을 가진 자를 포함한다(Nicola de Luca, *European Company Law Text, Cases and Materials*, CUP, 4th ed., 2019, pp.10-13. 19. 52).

4) EU법 하에서는 두 가지의 형태의 회사가 설립되는데, 주로 유럽회사와 일인회사(societas unius personae; single-person company)가 그에 해당한다(Lee Roach, *op. cit.*, pp.72~73). 그리하여 유럽회사는 유럽회사법(Statute for a European Company, Statut de la société européenne)에 의거하여 설립되는 회사형태의 하나이다(Council Regulation(EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company(SE))(Brenda Hannigan, *Company Law*, OUP, 4th ed., 2016, p.37; John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister의 3인, *op. cit.*, pp.42~43.).

5) Denis MacShane, *Brexiteranity; The Uncertain Fate of Britain*, I.B.TAURIS, 2019, pp.74~75; John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister의 3인, *op. cit.*, pp.20~21.

에서 EU법에 관한 문제가 발생한 때에는 회원국 법원이 EU사법재판소(CJEU)에 위탁을 함으로써 형성된다. 그 결과 EU사법재판소의 판결은 판례법이 되며, 또한 해당 EU법과 관련하여서는 그 판례가 모든 회원국에서 효력을 갖는다.

이와 같이 EU의 제정법과 판례법은 모든 회원국의 법률에 우선하여 적용되는 것이 원칙이다. 이를 EU법 우선의 원칙이라고 한다(supremacy of EU law 또는 primacy of EU law).⁶⁾ 이에 모순되는 회원국의 국내법은 위법하거나 무효이다. 중요한 점은 EU의 법률이나 회원국의 법률은 원칙적으로 EU의 목적을 달성하기 위한 필요범위에서만 제정된다는 것이다. 예를 들면, 상품의 이동의 자유(free movement of goods)라는 정책목표(EU운영조약 제26조 제2호)를 달성하기 위하여는 회원국 간 상품의 이동에 관한 규제가 서로 다르면 아니 되므로 이에 필요한 규제는 EU차원의 법제가 제정되어 회원국에 규칙(Regulation)의 형태로 직접적으로 또는 지침(Directive)의 형태로 간접적으로 적용된다. 그리고 EU에 부여되지 아니한 권한은 각 회원국이 자유롭게 법률을 제정하여 적용할 수 있다. 예를 들면, 사업(business)에 대하여는 일반적인 계약, 부동산의 매매 등에 관한 법률이, 국내의 기업소송 등에 관하여는 각 회원국의 법률만이 직접적으로 적용된다.

1.2. 종래 EU법의 영국법에 대한 영향

영국은 EU의 법률을 국내법으로 수용하는 때에 그 취지를 반영한 법률을 제정할 필요성을 인식하고 있었다. 그리하여 영국의 의회는 EU에 가입당시 1972년 유럽공동체법(European Communities Act 1972, 이하 ‘ECA1972’)⁷⁾을 제정하였다. ECA1972는 ① EU(당시는 유럽공동체(EC))의 규칙이 영국 내에서 직접적으로 효력을 가질 것, ② EU의 지침이 영국 내에서 효력을 갖기 위하여 필요한 법률을 제정할 것 및 ③ EU의 법원 등의 결정을 존중할 것 등의 내용을 명시하고 있었다(동법 제2조). 이와 같이 영국에서는 ECA1972가 제정됨으로써 EU의 다양한 법률이 효력을 갖기 시작하였다.

EU의 법률과 마찬가지로 영국의 법률도 제정법과 판례법으로 구성되어 있는데, 영국의 제정법 중 EU법제의 영향을 직접 받고 있는 분야는 EU의 정책목표 예를 들면, 사람, 상품, 자본 및 서비스 등 4개 분야의 자유(free movement of goods, persons, services and capital)(EU운영조약 제26조 제2호)⁸⁾에 관한 규제와 통상정책 등으로 한정되어 있다. 이와 관련하여 EU의 고용에 관한 규칙에 대하여 EU회원국 간 서로 상이한 법제를 갖게 되면, 사람의 이동의 자유를 방해할 수 있게 된다. 이 경우 EU는 관련지침을 제정하고, EU회원국들은 그 지침을 수용하는 국내법을 제정하여 왔다. 이에 비하여 기업이 체결하는 거래계약 예를 들면, 제품의 매매계약 및 서비스제공에 관한 계약의 조문 해석 등에 대하여는 EU법의 영향이 거의 없었다.

판례법은 EU법상의 문제가 발생하면 EU사법재판소에 그 판단을 위탁하여 왔다. 그 이외 국내법의 문제에 대하여는 영국의 법원이 판단을 내려왔다. 최종판단은 최고법원(Supreme Court)이 한다.

6) Tobias KRUIS, “Primacy of European Union Law – from Theory to Practice”, Ritsumeikan Law Review No. 28(2011), pp.269~272.

7) 1972 CHAPTER 68.

8) Nicola de Luca, op. cit., pp.9~10.

2. 영국의 1972년 유럽공동체법의 폐지 및 2018년 EU탈퇴법의 제정

2.1. 입법경위 및 특징

영국에서는 브렉시트와 맞물려 2017년부터 ECA1972를 폐지하는 법안⁹⁾이 하원에서 심의되어 왔다. 그 결과 「2018년 EU탈퇴법」(European Union (Withdrawal) Act 2018)이 제정되었다.¹⁰⁾ 이에 따라 영국에서는 EU법 우선의 원칙이 적용되지 아니할 근거를 마련하게 되었다.¹¹⁾ 그리고 종래 EU법에 의거한 국내의 법제는 개별적으로 의회의 승인 등을 거치지 아니하고 포괄적으로 수용되었지만, EU탈퇴법은 EU법을 수용한 종래의 국내법제의 변경과 폐지를 정부에 백지위임하는 할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다(동법 제7조·제8A조 특히 동조 제2항·제8C조 제1항·제12조 제6항·제13조 제5항 등). 학계에서는 이러한 규정들을 이른바 헨리8세의 권한(so-called ‘Henry VIII powers’)이라는 평가를 하면서¹²⁾ 우려를 나타내는 입장도 있다.¹³⁾ 「2018년 EU탈퇴법」에 의거 EU사법재판소는 영국에 관한 EU법상의 분쟁에 대하여 관할권을 상실하게 된다. 다만, 탈퇴일 전의 EU사법재판소의 판결은 탈퇴일 이후에도 영국 법원의 선결례로서 영국의 법원을 구속하겠지만, 탈퇴 이후의 판결은 설시적인 효력에 그칠 가능성이 크다.

2.2. 향후 영향

영국이 브렉시트를 하는 때에는 다음과 같은 두 가지의 상황이 발생하게 된다. 이 때문에 EU의 법률은 원칙적으로 영국에 적용되지 않게 된다. 첫 번째, 영국이 EU조약과 EU운영조약으로부터 탈퇴하는 상황이다. 이로 인하여 영국은 EU차원에서 제정된 법제를 따를 필요가 없게 된다.

두 번째, 위에서 기술한 ECA1972의 폐지 및 그에 따른 영향이다. ECA1972는 직접적으로 EU법제가 요구하였던 다양한 의무를 영국에서 이행하도록 하는 법률이었는데, 이 법률은 2020년 1월 31일에 폐지되므로(동법 Textual Amendments F1) EU법의 효력을 영국 내에서는 발생하도록 하였던 근거법률이 없게 된다. 그 결과 EU법에 관한 문제의 해결은 원칙적으로 모두 영국의 법원의 판단에 따르게 된다.

그런데 영국과 EU는 브렉시트로 인한 영향을 최소화하기 위하여 현재 두 가지의 시책을 모색하고 있다. 첫 번째, 영국의 브렉시트 이후에도 EU회원국과 동일한 지위를 유지할 수 있

9) A Bill to Repeal the European Communities Act 1972 and make other provision in connection with the withdrawal of the United Kingdom from the EU. 이 법안은 당초 「EU탈퇴법안」(The European Union (Withdrawal) Bill)이라는 명칭으로 하원에 제출되었었다(HC Bill 5 2017-19).

10) CHAPTER 16.

11) Lee Roach, op. cit., p.35.

12) <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/eu-withdrawal-act>; House Of Lords, Select Committee on the Constitution 1st Report of Session 2019-21(2020.1.14.); Clifford Change, “The European Union(Withdrawal) Act 2018: What It Does, Why And How”,(2018. 7), pp.6~7(<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2018/07/the-european-union-withdrawal-act-2018-what-it-does-why-and-how.pdf>).

13) Catherine Barnard, “Law and Brexit”, 「Oxford Review of Economic Policy」 Vol.33, No. S1(2017), pp.S8~S9.

는 이행기간을 설정하고 있다. 이는 현재 탈퇴교섭 중에 논의되고 있는데, 2020년 12월 31일까지 이행기간을 설치할 것을 상정하고 있다(ECA1972 Changes over time for: Introductory Text 참조). 그 결과 영국과 EU 간에 브렉시트 협정이 체결되면 EU법의 효력은 2020년 12월 31일까지 유지되며, 영국과 EU 간에는 브렉시트로 인한 어떠한 영향도 없게 된다.

두 번째, 브렉시트의 시점까지 영국에서 유효한 EU의 모든 규칙, 지침 및 판례 등은 영국의 국내법으로서 그대로 적용된다는 것이다. 이는 「2018년 EU탈퇴법」에서 정하고 있다(동법 제5조내지 제7조). 2018년 EU탈퇴법에서는 ① EU조약에 의하여 개인에게 부여된 권리를 보호하여야 하고, 영국법원이 브렉시트까지 내린 EU법에 관한 판결은 브렉시트 이후에도 유효하다는 점, ② EU사법재판소(CJEU)가 브렉시트 시점까지 내린 판결은 영국최고법원의 판결과 같은 지위를 갖는다는 점을 명시하고 있다(동법 제8조내지 제9조).¹⁴⁾ 다만, 상반되는 판결은 영국법원만이 결정할 수 있다고 하고 있다. 그리고 ① 브렉시트 이후에 제정되는 법률에는 EU법 우선의 원칙이 적용되지 아니한다는 점, ② 영국법원은 브렉시트 이후에 내린 EU사법재판소의 판결을 따를 필요가 없다는 점¹⁵⁾ 및 ③ EU법의 문제를 위탁할 필요가 없다는 점을 명기하고 있다(동법 제5조내지 제6조).

이러한 점에서 영국의 법제는 적어도 브렉시트 직후는 급변하지 아니할 가능성이 있다. 그러나 중장기적으로는 EU법을 수용한 영국법제의 개정이 수시로 이루어질 것으로 예상된다. 영국의 법원 역시 브렉시트 이후에 내려진 EU사법재판소의 판결에 구속을 받을 필요가 없기 때문에 영국법과 EU법 간의 괴리현상을 불가피할 것으로 예상된다.

Ⅲ. 브렉시트가 회사법제에 미치는 영향

1. 현행 2006년 회사법 규정상 EU의 영향

영국은 EU에 가입하기 이전부터 독자적인 성문회사법 체제를 유지하고 있었고, 영국의 회사법제가 EU에 영향을 미치고, 수정된 EU의 법제는 다시 영국의 법제화를 하는 과정을 거쳐왔기 때문에 브렉시트로 인한 획기적인 변화는 없을 것으로 보인다. 특히 EU의 지침 중 회사의 정보공시의무, 상장기업의 자본유지, 국경을 초월한 국제적인 합병 등 다양한 부분에서 2006년 영국의 회사법에 반영되어 정착되어 시행되고 있기도 하기 때문이다. 이러한 점에서 보면, 영국의 실무계나 법규는 2006년 회사법의 직접적인 영향을 받지만, 유럽사법재판소(CJEU)의 판결이나 EU의 지침과의 관련성 등을 무시하여서도 아니 되는 관계를 유지하여왔다.¹⁶⁾ 또한 EU의 관련규칙에 관하여도 2018년 EU탈퇴법에서 영국 국내법화 할 수 있는 길을 열어 놓고 있기도 하다. 현행 2006년 회사법상 개념정의 등에서 EU법을 영국법에 반영하였다고 할 수 있는 규정을 살펴보면, 정의세칙인 제474조(Minor definitions) 제1항에서는 ‘국제회계기준규칙’ (IAS Regulation)¹⁷⁾ 및 국제회계기준(international accounting

14) Cabinet Office, “The European Union (Withdrawal) Act and common frameworks : 26 September 2018 to 25 December 2018”,(2019. 2), pp.8-9; <http://dl.nanet.go.kr/SearchDetailView.do>

15) 다만, EU사법재판소의 판결을 고려할 수는 있다.

16) John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister외 3인, op. cit., LexisNexis, 10th ed., 2019, p.19.

standards, ISA)을 준수한다는 규정이 포함되어 있다. 그리고 제504조 제1항(a)의 상위법정 회계감사(Senior statutory) 중 EU위원회가 지정하는 감사, 제943조의 ‘공개매수지침’ (Takeovers Directive)¹⁸⁾ 제1106조 및 제1078조의 공식문서 언어의 사용, 제1173조 제1항의 신용기관(credit institution)에 관한 정의규정,¹⁹⁾ 금융기관(financial institution)에 관한 정의규정,²⁰⁾ 규제시장(regulated market)에 관한 정의 규정²¹⁾ 등을 두고 있다.

2. EU회사법과의 관계

2.1. 주요 논점

기술한 바와 같이 브렉시트를 하더라도 영국회사법에는 큰 영향은 없을 전망이다. 다만, 영국은 종래 EU회사법분야의 입법절차에서 적지 아니한 영향을 미쳐왔지만,²²⁾ 브렉시트 이후 EU의 입법절차에 참가하는 것은 제한될 수밖에 없다. 이러한 상황은 예컨대, 영국이 유럽 경제지역(European Economic Area, 이하 ‘EEA’)의 가입국이 되어 일정한 범위에서 계속하여 EU회원국에 준하는 대우를 받게 되더라도 크게 변하지 않게 된다. 왜냐하면 EEA회원국은 EU의 제안입법에 관하여 EEA공동위원회(EEA Agreement 제95조)²³⁾에서 의견표명의 기회만을 가질 뿐이고(EEA협정(Agreement) 제99조), 그 제안입법을 채택할지 여부에 관한 결정절차에는 관여할 수 없기 때문이다.

이러한 제한으로 인하여 EU조약상 기본권으로서 보장되고 있는 기업이전의 자유가 영국의 브렉시트 이후에는 어떻게 될 것인지 문제될 수 있다. 이 문제는 본래 타인의 기본적 자유의 보장과 함께 논의되어야 하는 것이지만, 한편으로는 유럽인권조약(European Convention on Human Rights) 등에 의거 브렉시트 후에도 일정한 수준에서 보호되는 자연인의 경우와 동일 수준에서 그리고 불가분적으로 논의하기는 어렵다.

따라서 이하에서는 브렉시트가 법인격을 가진 기업의 역내활동에 어떠한 영향을 미치는지에 대하여 분석하고자 한다.

2.2. EU회사법상 법인격과 브렉시트로 인한 영향

17) EC Regulation No. 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002.

18) Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council.

19) Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council

20) Council Directive on the obligations of branches established in a Member State of credit and financial institutions having their head offices outside that Member State regarding the publication of annual accounting documents (the Bank Branches Directive, 89/117/EEC).

21) Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council on markets in financial instruments.

22) 예를 들어 공개회사의 기관구성에 관한 회사법 제5지침안은 관한 영국의 강한 반대로 성사되지 못한 적이 있다(W. Kolvenbach, “EEC Company Law Harmonization and Worker Participation”, Univ. Pa. J. Int’l Bus. Law. 11(1989), p.723).

23) EU의회 의원과 유럽자유무역연합(European Free Trade Association, EFTA) 회원국의회의원이 동수로 선임되는 위원으로 구성된다.

2.2.1. 회사의 법인격과 EU법

EU회원국에 설립된 기업에 대하여는 독립적인 법인격이 인정된다. 영국에서는 일반적으로 주식회사(a company limited by shares)가 기업의 설립형태로 이용된다. 주주는 유한책임을 진다. 이와 달리 소유자나 기업본체로부터 독립적인 법인격이 인정되지 아니하는 조직체가 설립되기도 한다. 일반적으로는 지점(branch) 또는 사업소(place of business)라고 불린다. 영국에서는 이를 종합적으로 영국사업소(UK establishment)라고 한다. 이러한 조직체의 책임은 기업본체가 진다. 다만, 독립적인 법인격을 갖는 자회사에게 요구되는 형식적인 절차²⁴⁾는 요구되지 아니하며, 사업을 폐쇄하는 경우에는 그 절차가 간단한 장점이 있다.

이와 관련한 최초의 사례가 Centros 판결이다.²⁵⁾ EU사법재판소는 Centros 판결²⁶⁾이후 EU회원국에서의 법인의 사업활동의 자유를 보장하여 왔다.²⁷⁾ EU운영조약(TFEU) 제49조는 EU의 회원국 국민으로 하여금 다른 회원국에서 회사의 설립과 지점을 설치하는 것을 자유롭게 허용하고 있다(freedom of establishment).²⁸⁾ 그리고 동 조약 제54조는 EU회원국의 법률에 의하여 설립되고 그 등록사무소, 주된 업무 및 사업의 장소가 EU역내에 존재하는 기업은 다른 EU회원국에서 해당 국가에서 설립된 기업과 동일한 대우를 받도록 하고 있다.²⁹⁾ 이와 같이 EU는 어떤 회원국에서 설립된 기업이 다른 EU회원국에서 사업을 하는 경우 차별대우를 하는 것을 금지하고 있다. 이 때문에 EU회원국에서 설립된 기업이 지점을 다른 회원국에서 설립하고자 하는 경우 그 절차는 간소화되고, 원칙적으로 해당 정부는 그 설립을 거부할 수 없다. 판례 역시 계속적으로 기본적으로 개업의 자유를 기본권으로서 우선시하는 입장을 피력하였다.³⁰⁾

2.2.2. 기업 및 지점 등의 경우

2.2.2.1. 영국에서 설립된 기업에 대한 다른 대우

브렉시트 이후에는 EU운영조약상의 조문이 영국에는 적용되지 아니한다. 그 결과 EU회원국들은 영국에서 설립된 기업을 다른 EU회원국의 기업과 동등한 대우를 하여야 한다는 EU 운영조약 제57조의 적용을 받지 아니하게 된다. 그로 인하여 다양한 영향이 있을 것으로 보이지만, 그 가운데에서도 주목되는 것은 영국에서 설립된 기업이 다른 EU회원국에 의한 정부조달사업³¹⁾에 대한 입찰 등에 있어서 불리할 수 있다. 이에 대하여 기술한 바와 같이 EU

24) 대표적으로 대표이사의 선임, 이사의 선임 및 독자적인 정관의 작성에 관한 절차 등을 말한다.

25) John Birds/Daniel Attenborough/M.R.Leister의 3인, op. cit., LexisNexis, 10th ed., 2019, p.24.

26) Case C-212/97 Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen[1999] ECR I-1459(<https://www.worker-participation.eu/Company-Law-and-CG/ECJ-Case-Law/Centros>).

27) Brenda Hannigan, Company Law, OUP, 4th ed., 2016, p.32; Paul L. Davies/ Sarah Worthington, Principle of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 9th ed., 2012, p.151; Derek French/Stephen Mayson/Christopher Ryan, Company Law, OUP, 36th ed., 2019, pp.22~23.

28) Derek French/Stephen Mayson/Christopher Ryan, Ibid., p.19.

29) Paul Davies/Eilis Ferran 외 10인, “The consequences of Brexit for companies and company law, European Company Law Experts(ECLE)”, (2017. 3). part 3(<https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/brexit-and-company-law/>).

30) Case C-208/00 Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH(NCC)[2002] ECR I -1919 등
(<file:///C:/Users/user/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/95SZ0BR3/Überseering.pdf>).

31) 예를 들면, 수도, 에너지, 철도, 우편사업 또는 방위산업 등을 말한다.

운영조약 제54조가 적용되지 아니하는 시점에서 영국 이외의 EU회원국은 영국에서 설립된 기업을 다른 EU회원국의 기업과 동등하게 대우할 필요가 없어지기 때문에,³²⁾ EU의 관점에서 이는 이와 같은 구별은 불가피할 수 있다.³³⁾ 이 때문에 영국과 EU 간에는 이를 방지하기 위한 협정이 체결될 것으로 생각되는데, 이러한 협정이 없는 때에는 영국 이외의 EU회원국에서 정부조달안건에 관하여는 영국에서 설립된 기업이 불리한 상황에 놓일 가능성이 있다.

정부조달사업과 관련하여 EU 이외의 기구로서는 WTO가 있는데, WTO는 「정부조달에 관한 협정」(Government Procurement Agreement, GPA)을 마련하고 있다.³⁴⁾ 이에 따르면 동 협정의 비준국은 정부조달사업시 제3국의 기업에 관하여 필요한 정보를 제공함과 동시에 차별을 하여서는 아니 된다(동 협정 제1조·제3조). 다만, 이 협정의 비준은 EU차원에서 이루어지기 때문에, 영국에서 설립된 기업이 이 협정의 이점을 누리기 위하여는 브렉시트 후 영국이 독자적으로 비준을 하여야 한다.

반대로, 영국정부의 조달안건이 발생한 경우 영국정부가 영국 외의 EU회원국에서 설립된 기업을 차별화할 가능성도 있다. 다만, 「2018년 EU탈퇴법」이 해당분야에도 적용된다고 하면, 영국은 지금까지와 마찬가지로 영국이외의 회원국에서 설립된 기업을 차별할 수 없게 된다. 그럼에도 불구하고 EU의 회원국이 차별할 가능성이 있는 때에는 불공정·불평등한 상태가 된다. 이 때에는 하드 브렉시트 혹은 노-딜 브렉시트(no-deal brexit)³⁵⁾가 행하여질 가능성이 크며, 영국은 「2018년 EU탈퇴법」이 정부조달에는 적용되지 아니한다는 법개정이 이루어질 것으로 보인다.

2.2.2.2. 지점 등에 대한 사업본거지법주의 또는 설립준거법주의의 적용

2.2.2.2.1. 일반론

브렉시트로 인하여 EU운영조약 제49조가 영국에서 적용되지 않게 되면, 기업은 영국에서 설립되었지만 지점은 영국 이외에 EU회원국에 존재하는 경우, 그 지점은 우리나라 등 제3국에서 설립된 기업의 지점과 같은 대우를 받게 된다. 이로 인하여 EU회원국은 영국 이외에 자국에 있는 해당지점에 대하여 또는 지점을 설치하고자 하는 경우 ① 종래에는 없었던 추가적인 정보를 요구할 수 있고, ② 때에 따라서는 지점설립허가를 받을 수 없는 가능성도 있다. 다만, 현재까지 지점의 설치에 필요한 요건은 대부분의 EU회원국이 엄격하지 아니하기 때문에 실무상 영향을 크지 아니할 가능성도 있다.

32) Andrea Biondi/Patrick J. Birkinshaw/Maria Kendrick, *Brexit: The Legal Implications: The Legal Implications*, Wolters Kluwer, 2018, §13.02[A].

33) Paul Davies/Eilis Ferran 의 10인, op. cit., part 3(<https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/brexit-and-company-law/>).

34) 김대인, WTO 정부조달협정 및 FTA 정부조달분야 국내이행법제의 개선방안에 대한 연구, 한국법제연구원, 2013, 25~30면.

35) 영국과 EU간에 아무런 합의를 도출하지 못한 채 EU를 탈퇴하는 것을 뜻한다. 기술하 바와 같이 영국은 2020년 1월 31일 EU에서 탈퇴하는 브렉시트를 단행했으며, 2020년 12월 31일까지 EU와 미래 관계 협상에 돌입하게 된다. 만약 금년 12월 31일까지 양측의 최종합의안이 도출되지 않을 경우, 영국은 2021년 1월 ‘노딜 브렉시트’를 현실화할 가능성이 높다. 노-딜 브렉시트의 영향에 대하여는 전혜원, “노딜 브렉시트의 전망과 함의”, 『IFANS 주요국제문제분석』 2019-02(2019. 2), 4면 이하.

2.2.2.2. 사업본거지법주의 또는 설립준거법주의의 적용상 변화

위의 일반론에도 불구하고 브렉시트 후 실무상 크게 문제가 될 수 있는 것은 영국에서 기업이 등기되었다고 하더라도 실제 운영과 주된 사업거점, 이른바 사업총괄지로서의 기능이 영국 이외의 EU회원국에 있는 경우이다. 지금까지는 EU운영조약 제54조 및 EU사법재판소(CJEU)의 판례 등에 의거하여 등기가 이루어진 회원국의 회사법이 사업거점에 대하여 적용된다는 해석이 일반적이었다.³⁶⁾

그러나 브렉시트 이후 EU회원국들은 자국에서 이루어지는 사업의 운영에 어느 국가의 회사법을 적용할지의 여부는 해당 회원국의 국내법에 따라 결정하게 된다. EU회원국에 따라서는 사업을 주로 행하는 국가의 회사법을 적용한다는 원칙, 이른바 사업본거지법주의(seat theory)³⁷⁾를 채택하고 있는 국가도 있다. 대표적인 국가는 독일 및 벨기에 등이다. 이 원칙을 적용하면, 앞의 예에서의 사업을 주로 독일에서 지점의 형태로 운영하는 경우, 회사등기상의 본점(headquarter)주소는 영국일지라도 그 지점에 대하여는 내국 법률인 독일의 회사법이 적용된다.³⁸⁾ 이 경우 독일법상의 규정과 절차에 의하여 독일에서 설립된 회사가 아니라고 판단되면, 그 운영사업은 조합으로 간주되어,³⁹⁾ 주주의 유한책임의 법리가 적용되지 아니하는 사례도 발생할 수 있다. 이에 대하여 영국은 회사의 설립국가의 법률이 적용된다는 원칙, 이른바 설립준거법주의(Incorporation theory)가 적용된다.⁴⁰⁾ 그리하여 독일에서 등기된 회사의 주된 사업운영의 지점이 영국에 있는 경우에는 문제되지 아니하고,⁴¹⁾ 독일기업의 유한책임법리는 영국에서도 동일하게 존중된다.⁴²⁾ 다만, 이러한 양 원칙에 대하여는 모든 사례에서 명확히 정의될 수 있는 것은 아니라는 견해도 있다.⁴³⁾ 이에 관한 상세한 내용은 이어서 기술하고자 한다.

2.2.3. 영국에서의 등기회사가 실질적인 사업을 다른 회원국에서 영위하는 경우

기술한 바와 같이 EU사법재판소는 Centros판결⁴⁴⁾ 이후 EU역내에서의 법인의 사업활동의

36) Case C-208/00, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH(NCC)[2002] ECR I-9919 ; Case C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.[2003] ECR I-10155
file:///C:/Users/user/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/XL0ZC0I6/Inspire%20Art.pdf.

37) Nicole Stolowy, “The Corporate Domicile: Is the “Real Seat” Theory Always Pertinent?”, The journal of business law. issue 8, Sweet & Maxwell(2015), pp.620~633.

38) Andrea Biondi/Patrick J. Birkinshaw/Maria Kendrick, Brexit: The Legal Implications: The Legal Implications, Wolters Kluwer, 2018, §13.02[2]; John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister외 3인, op. cit., pp.22~23, 45.

39) European Commission, Study on the Law Applicable to Companies Finanl Report, LSE Enterprise, 2016. 6, p.27.

40) John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister외 3인, Boyle & Birds’ Company Law, LexisNexis, 10th ed., 2019, pp.22~23; Andrea Biondi/Patrick J. Birkinshaw/Maria Kendrick, Brexit: The Legal Implications: The Legal Implications, Wolters Kluwer, 2018, §13.02[2].

41) European Commission, Study on the Law Applicable to Companies Finanl Report, LSE Enterprise, 2016. 6, pp.27-31, 292-295.

42) Paul Davies/Eilis Ferran 외 10인, The consequences of Brexit for companies and company law, European Company Law Experts(ECLE)(2017. 3). part.4.

43) European Commission, Study on the Law Applicable to Companies Finanl Report, LSE Enterprise, 2016. 6, p.293.

44) Case C-212/97 Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen[1999] ECR I-1459.

자유에 대하여 관련 이익이나 권리를 보장하는 EU운영조약 제49조 및 제54조 그에 관한 국내조치의 적합성 심사를 엄격하게 하여왔다.⁴⁵⁾ Centros판결에서 문제되었던 유사외국회사(pseudo foreign corporation)⁴⁶⁾의 설립에 대하여는 배후에 주로 사업지법의 적용을 회피하려는 의도가 있는 경우가 많았는데, 회원국이 조치로서 규정한 유사외국회사 관련규제에 관하여 해당 유사외국회사규제의 취지, 즉 해당국의 조치에 의하여 보호되는 법익 예를 들면, 채권자 등 회사이해관계자의 보호 등의 취지를 가지고 조약과의 부적합성을 정당화 하는 것은 인정되지 아니하였다. 대부분 예외 없이 비례성테스트(Proportionality test)를 통과하지 못한다고 결론내리고 있다. 그리하여 회원국의 조치가 정당하다는 결론이 내려지는 경우는 다음과 같다. 즉 ① 문제시되는 회원국의 조치가 개업시점에서 간접적이고 불명확한(indirect and uncertain) 경우, ② 국내의 공공의 질서와 선량한 풍속(공서양속)에 의한 경우 등이다. 이 가운데 ①에 대하여 예를 들면, Kornhaus의 판결⁴⁷⁾은 채권자보호를 위한 재무상황이 매우 악화된 회사와 그 이사 등의 의무를 정한 국내법의 규정은 새롭게 설립되는 회사의 개업의 자유권(freedom of establishment) 행사에 어떠한 영향도 미치지 못한다고 하였다. 그 이유는 기업의 도산여부는 잠재적 책임에 관한 설립시에는 불명확한 것이며, 다른 회원국에서의 개업시점에서 주주들과 이사들의 의사결정에 위임한 사항이 아니라는 것이다. ②는 공익적 관점에서 정당화되는 경우이고, 비례성테스트에 의하여 심사되는 사례가 많다. 이를 일명 Gebhard Test⁴⁸⁾라고도 하는데, 즉, 회원국의 조치가 정당화되기 위하여는 해당 회원국의 조치가 a) 차별 없이 적용될 것, b) 공익상 불가피한 요청에 의거 정당화될 것, c) 해당 규제의 목적을 달성하는데 유효할 것, d) 그 효과가 불균형적이지 아니할 것 등의 요건이 충족되어야 한다.⁴⁹⁾

Centros판결에 이어서 Überseering판결⁵⁰⁾은 설립준거법주의(Incorporation theory)를 채택하고 있는 네덜란드회사가 독일로 이전한 사례인데, 동사가 회사법인으로서의 소송당사자 능력을 부정한 독일의 조치가 당시의 EC조약을 위반한 것이라고 결론을 내렸다.⁵¹⁾ 때문에 이 판결이 독일과 같이 사업본거지법주의를 채택하는 회원국에 미치는 영향은 매우 컸다.⁵²⁾

45) Case C-208/00 Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH(NCC)[2002] ECR I-9919 ; Case C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.[2003] ECR I-10155; Case C-411/03 Sevic System [2005] ECR-10805; Case C-378/10 VALE Építési ECLC: EU: C: 2012: 440.

46) 우리상법상 유사외국회사는 외국에서 설립된 회사라도 대한민국에 그 본점을 설치하거나 대한민국에서 영업할 것을 주된 목적으로 하는 조직체를 말한다(상법 제617조). 유사외국회사는 대한민국에서 설립된 회사와 같은 규정에 따라야 한다(상법 제617조). 그러므로 우리 상법 제617조상 유사외국회사에 대한 해석론은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 유사외국회사에 해당할 경우 우리나라의 상법은 설립에 관하여는 적용되지 않는다. 둘째, 유사외국회사의 경우 한국 상법 중 강행법규만을 적용한다. 셋째, 유사외국회사 해당 여부의 판단 기준시점은 문제가 되는 거래 또는 사건의 발생시이다(황남석, “유사외국회사에 관한 고찰”, 「법학논총」 제39권 제2호(전남대 법학연구소, 2019), 184면).

47) Case 594/14 Kornhaus v Dithmar ECLY: EU: C: 2015: 806.

48) Case C-55/94, [1995] ECR I -4165.

49) Davies/ Sarah Worthington, Principle of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 9th ed., 2012, p.152.

50) Case C-208/00 Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH(NCC)[2002] ECR I-9919.

51) John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister외 3인, Boyle & Birds' Company Law, LexisNexis, 10th ed., 2019, pp.24~28.

52) Brenda Hannigan, Company Law, OUP, 4th ed., 2016, pp.32-33; Paul L. Davies/ Sarah Worthington, Principle of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 9th ed., 2012, pp.152-155; John Birds/Daniel

마찬가지로 Inspire Art 판결⁵³⁾에서도 네덜란드 법인이 자국 회사법상 최저자본금요건(minimum capital requirements)의 적용을 면할 목적으로 영국에 설립한 유한회사를 유사외국회사로서 취급하고, 네덜란드의 최저자본제도를 그 회사에 강제하는 것은 EC조약상의 개업의 자유를 보장하는 규정에 위반한다고 판시하였다.⁵⁴⁾ 이 판결 역시 독일의 “real seat theory” 보다는 영국의 “incorporation theory”를 채택하였다고 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 그리하여 이 사건은 유럽에서 많은 국가들이 “incorporation theory”를 채택하는 계기가 되었다.⁵⁶⁾ 이러한 점에서 유사외국회사에 대한 법제는 “real seat theory”하에서는 적용될 여지가 거의 없다.⁵⁷⁾

그런데 2003년 Inspire Art판결 이전인 2001년부터 서로 다른 회원국에 등기를 하는 공개회사간의 합병(SE Regulation⁵⁸⁾ 제2조(1)), 서로 다른 회원국에 등기를 하든지 아니면 자회사 혹은 지점을 갖고 있는 회사에 의한 지주회사(SE Regulation 제2조(2))⁵⁹⁾ 또는 자회사의 공동설립(SE Regulation 제2조(3))⁶⁰⁾, 다른 회원국에 자회사가 있는 공개회사의 조직변경(SE Regulation 제2조(4))에 의하여 유럽회사를 설립할 수 있게 되었으며, 유럽회사로서 등기를 하면 EU역내에서 해산·청산, 재설립 등의 절차를 거치지 아니하더라도 본점을 자유롭게 이동할 수 있게 되었다. 따라서 Centros판결 이후의 EU사법재판소의 판례상의 진전과 함께 EU의 입법 역시 EU역내에서의 기업이전의 자유를 보장하는 환경을 정비하여 왔다고 할 수 있다. 그러한 변화에 따라 종래의 EU회원국 중에는 사업본거지법주의를 채택하는 국가가 많았으나,⁶¹⁾ 적어도 다른 회원국에서 적법하게 설립된 회사법인의 이전에 대하여는 이러한 국가일지라도 사업본거지법주의를 엄격하게 적용하는 경향은 점차 없어지고 있다.

위와 같은 동향에 따라, 2003년 이후부터 영국에서의 외국회사, 즉 ① 영국에서 설립등기를 하고 있지만 주로 다른 회원국에서 사업을 영위하는 것으로 추정되는 회사, ② 영국 외에 유사외국회사에 관한 법제를 갖고 있는 회원국에서는 유사외국회사로서 외국회사와는 구별하

Attenborough/ M.R.Leister의 3인, Boyle & Birds' Company Law, LexisNexis, 10th ed., 2019, pp.29-30.

53) Case C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.[2003] ECR I-10155.

54) Brenda Hannigan, Company Law, OUP, 4th ed., 2016, p.33; Paul L. Davies/ Sarah Worthington, Principle of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 9th ed., 2012, p.151.

55) European Commission, Study on the Law Applicable to Companies Finanal Report, LSE Enterprise, 2016. 6, p.30; John. Armour, “Who should make corporate law? EC legislation versus regulatory competition”, Law Working Paper No. 54/2005, Cambridge University(2005. 6), pp.12~14.

56) 예를 들면, 네덜란드, 스웨덴, 덴마크, 핀란드, 노르웨이, 아일랜드, 스위스, 폴란드, 이탈리아, 헝가리, 체코, 슬로바키아 등을 들 수 있다(Paul Davies/Eilis Ferran 외 10인, “The consequences of Brexit for companies and company law, European Company Law Experts(ECLE)”, (2017. 3), part4)). 네덜란드 역시 “incorporation theory”을 채택하고 있다(John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister의 3인, op. cit., p.22).

57) Ibid., 각주 50).

58) Council Regulation(EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE).

59) 이 설립방식에 의할 때에는 공개 및 사적 유한책임회사(Public and private limited-liability companies)이어야 한다.

60) 이 설립방식에 의할 때에는 적어도 법인격을 갖는 조직체이어야 한다.

61) 최초의 6개 회원국인 이탈리아, 네덜란드, 독일, 프랑스, 벨기에, 룩셈부르크는 모두 사업본거지법주의를 채택하였지만, 네덜란드와 이탈리아가 설립준거법주의를 채택하는 등 현재는 설립준거법주의를 채택하는 국가가 많다.

여 취급되는 회사의 등기가 크게 증가하였고, 2006년부터 2007년까지 정점에 달하였다.⁶²⁾ 그리고 상당수의 유사외국회사가 영국 외의 회원국에 존재하는 것으로 분석되고 있다. 구체적으로는 이탈리아, 오스트리아, 네덜란드, 스페인, 체코, 덴마크, 독일 및 프랑스 등 8개의 회원국에서의 영국기업수의 평균치 1만 2,913개사를 기준으로 영국과 아일랜드를 제외⁶³⁾한 26개 회원국수를 곱한 33만 5,741사를 EU역내에 있는 영국기업수의 추계치로 보고 있다 (12,913 x 26 = 33만 5,741).⁶⁴⁾ 이러한 통계를 전제로 하면, 브렉시트가 현실화되는 경우 직접적으로 영향을 받을 수 있는 기업은 상당수에 달한 것으로 보인다. 이러한 점에서 이하에서는 영국의 EU탈퇴에 의하여 영국 외의 유사외국회사가 어떠한 영향을 받는지를 고찰하고자 한다. 다만, 이러한 기업들이 브렉시트로 인하여 받을 수 있는 영향은 향후 영국과 EU간의 교섭여하에 변동될 여지는 있다. 그 이유는 브렉시트 이후 영국과 EU는 무역투자협정 등을 체결하는 경우에는 복수의 선택지가 있을 수 있기 때문이다.

2.2.4. 영국이 유럽자유무역연합 가입 및 유럽경제지역(EEA)협정을 비준하는 경우

유럽경제지역(European Economic Area, EEA)은 유럽의 양대 무역블록인 EU회원국과 유럽자유무역연합(European Free Trade Association, EFTA)의 회원국으로 구성된 거대한 단일 통합시장이다. 유럽경제지역은 유럽자유무역연합(EFTA)의 회원국이 EU에 가입하지 아니한 채, EU단일시장에 참가할 수 있도록 하고 있다. 그리하여 2020년 8월말 현재 EU회원국보다 많은 31개 회원국이 가입되어 있다.⁶⁵⁾ 유럽경제지역은 유럽자유무역연합과 EU 간에 1994년 1월 1일에 협정을 체결하고 설치되었다.⁶⁶⁾ EU회원국은 유럽경제지역에 자동적으로 가입의무를 부담하기 때문에(EEA협정(Agreement) 제128조) 영국도 이미 유럽경제지역의 가입국이다.

영국이 EU회원국의 지위를 상실한 후 EU단일시장에 참가하고자 하는 때에는 계속적으로 유럽경제지역의 구성원이 되는 것도 하나의 방법이다. 다만, 영국이 EU를 탈퇴하면 EU회원국의 지위를 가지고 자동적으로 유럽경제지역(EEA)에 참가할 수 있는 전제가 성립되지 아니하기 때문에,⁶⁷⁾ 새롭게 유럽경제지역에 가입하는 절차를 밟아야 한다. 유럽자유무역연합의 회원국이 되어 유럽경제지역에 가입하는 것도 하나의 방법인데, 이 경우에는 유럽경제지역협정(EEA Agreement, 이하 ‘EEA협정’)상의 문언수정이 불가결하다. 왜냐하면, EEA협정 제2조(b)에는 유럽자유무역연합의 가입국을 리히텐슈타인(Liechtenstein), 아이스랜드(Iceland) 및 노르웨이(Norway) 등으로 한정하고 있기 때문이다.

62) Marco Becht/Colin Mayer/Hannes F. Wagner, “Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry”, *Journal of Corporate Finance* 14(2008), pp.242, 249~252; John Armour, *op. cit.*, p.20.

63) 아일랜드는 영국과 마찬가지로 최저자본규제가 없기 때문에 영국을 설립등기지로 선택한 동인은 없기 때문에 제외된 것으로 밝히고 있다(John Armour/Holger Fleischer/Vanessa Knapp/Martin Winner, “Brexite and Corporate Citizenship”, *Eur Bus Org Law Rev.* Vol.18. Issue2(2017. 6), p.230).

64) *Ibid.*, p.30. 본래 12,913 x 26 = 33만 5,738개사인데, 33만 5,741개사로 하여 3개사를 많이 계산한 이유에 대하여 이 논문에서는 그 이유를 밝히지 않고 있다.

65) 31개 국가는 28개의 EU회원국에 3개의 유럽자유무역연합(EFTA) 회원국을 더한 숫자이다. 후자의 3개국은 리히텐슈타인(Liechtenstein), 아이스랜드(Iceland) 및 노르웨이(Norway) 등이다(EEA협정 제2조(b) (<https://www.efta.int/eea/eea-agreement>)).

66) <https://www.efta.int/eea/eea-agreement>.

67) Derek French/Stephen Mayson/Christopher Ryan, *op. cit.*, p.191.

유럽경제지역의 가입국은 공통농업정책, 관세동맹(customs union), 공통통상정책, 공동외교·안전보장정책, 사법·내무 및 유럽통화동맹(European Monetary Union) 등의 분야를 제외하고, EEA협정부칙(Annex)에 열거된 22개의 분야에서 EU의 입법에 관한 이행의무를 부담한다. EEA협정 제31조에 의거한 부칙8내지 부칙11 (Annexes VIII to XI)은 개업의 권리(right of establishment)를 명시하고 있고, 동 협정 제77조에 의거한 부칙22는 회사법의 내용을 명시함으로써 EEA회원국이 수용하여야 할 EU파생법 및 프로그램을 열거하고 있다. 이 가운데 회사법분야에서는 수개의 EU규칙 및 지침을 열거하고 있는데, 동 협정 부칙22는 유럽경제지역의 가입국으로 하여금 원칙적으로 18개 규칙 및 지침⁶⁸⁾ 모두를 국내법화할 것을 요구하고 있다.

유럽경제지역의 가입국은 EU시민에 대한 기본적 권리로서 이동의 자유가 있다(EEA협정 제1조(2)). 그리하여 이동의 자유에 대하여는 유럽경제지역의 가입국이든 EU회원국이든 동일하게 제약을 가하는 것이 금지된다(EEA협정 제31조). 유럽경제지역의 가입국 또는 EU회원국의 법제 하에서 적법하게 설립된 회사나 법인(Companies or firms)은 자연인(natural persons)과 동일하게 취급되며(EEA협정 제34조), 그 결과 유럽경제지역의 가입국에서 설립된 회사에 관하여도 EU사법재판소(CJEU)의 기관력이 미친다.

위와 같은 점은 이른바 소프트 브렉시트(soft-brexit), 즉 영국이 EEA협정을 비준하는 때를 상정한 것이다. 이 경우 영국은 EEA협정에 의하여 계속적으로 EU역내 및 유럽경제지역에 있어서 회사나 법인 및 지점(branch)의 설립, 본점소재지 또는 사업총괄지를 이전할 수 있게 된다. 그리고 영국은 EU회원국의 자격을 상실하게 되기 때문에 EU예산에 대한 부담금은 없어지게 된다. 다만, EU의 각종 프로젝트에 대한 부담, 유럽경제지역의 여러 기관의 유지비, 국경관리 및 각종 위원회에 인재의 파견 등의 면에서 EU와의 관계유지를 위한 부담은 계속될 수밖에 없다. 예를 들어 유럽자유무역연합(EFTA)의 가입국인 노르웨이(Norway)의 2016년 연간부담액은 8억 700만 유로에 달하는 것으로 알려지고 있다.⁶⁹⁾ 이에 비하여, EU의 정책입안과 입법에 대하여는 기술한 바와 같이 의견표명 이외에 직접적으로 관여하는 것은 매우 어렵다. 그리고 EEA협정을 비준하는 때에 영국은 상품, 사람, 서비스 및 자본의 역내에서의 자유로운 이동을 한 묶음(package)으로 수용을 하여야 하기 때문에 다른 회원국으로부터의 이민도 거절할 수 없게 된다(EU운영조약 제45조, EEA협정 제28조).

2.2.5. 협정 등을 체결하지 아니하는 경우

68) 여기에 해당하는 EU규칙이나 지침은 ① 제1지침(First Company Law Directive 68/151/EEC), ② 제2지침(Second Company Law Directive 77/91/EEC), ③ 제3지침(Third Company Law Directive 78/855/EEC), ④ 제4지침(Fourth Company Law Directive 78/660/EEC), ⑤ 제6지침(Sixth Company Law Directive 82/891/EEC), ⑥ 제7지침(Seventh Company Law Directive 83/349/EEC), ⑦ 제8지침(Eighth Company Law Directive 84/253/EEC), ⑧ 제11지침(Eleventh Company Law Directive 89/666/EEC), ⑨ 제12지침(Twelfth Company Law Directive 89/667/EEC), ⑩ EEIG(European Economic Interest Grouping, 유럽경제이익집단)규칙(Council Regulation(EEC) No 2137/85), ⑪ SE규칙(Council Regulation(EC) No 2157/2001), ⑫ 국제회계기준규칙(Council Regulation(EC) No 1606/2002), ⑬ SCE(Societas cooperativa Europaea 또는 European Cooperative Society, 유럽협동조합)규칙(Council Regulation(EC) No 1435/2003), ⑭ 공개매수지침(Takeover Directive 2004/25/EC), ⑮ 국제적인 합병지침(Cross-Border Merger Directive 2005/56/EC), ⑯ 주주권지침(Shareholder Rights Directive 2007/36/EC), ⑰ 등기연대지침(Interconnection of Registers Directive 2012/17/EU), ⑱ 재무보고지침(Financial Reporting Directive 2013/34/EU) 등이 해당한다.

69) <https://ecagrants.org/>

이에 대하여는 몇 가지 상황을 예상할 수 있다. 먼저, 영국이 EU와 어떠한 협정을 체결하지 아니한 채 EU조약(Treaty on European Union) 제50조 제3항에 의거한 교섭기간의 연장도 하지 아니하는 경우, 영국은 브렉시트 후 WTO회원국이 되고, EU와의 관계에서는 완전한 제3국이 되는 방안을 생각할 수 있다. 이 경우 영국은 EU의 정책이나 법제에 규율받을 필요가 없는 반면, EU 및 유럽경제지역의 영역 내에서의 기업활동은 다른 제3국과 동일한 수준으로 취급받게 된다.⁷⁰⁾

물론 이 경우 제3국이 된 영국이 EU와의 관계를 위하여 양 당사자 간 별도의 협정을 체결할 수는 있다. 과거에는 유럽자유무역연합(EFTA)의 가입국이면서 유럽경제지역(EEA)협정의 비준국이었던 스위스와 EU간의 개별협정 및 우리나라와 EU간의 자유무역협정(Free Trade Agreement, FTA),⁷¹⁾ 캐나다와 EU간의 포괄적 경제무역협정(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA),⁷²⁾ 및 일본과 EU간의 경제연대협정(Economic Partnership Agreement, EPA),⁷³⁾의 사례가 있지만, 어느 협정도 개업의 자유를 보장하는 조항은 포함되어 있지 않다.⁷⁴⁾

결국 영국의 학계에서는 영국과 EU 양 당사자 간에 자유무역협정이 체결될 것으로 전망하고 있으나,⁷⁵⁾ 그 협정이 바로 기업의 자유로운 활동을 보장하는 것은 아니다. 이 때문에 협정의 내용에 따라 다르겠지만, 양 당사자 간의 협정에 관련조항에 명시되지 아니하는 한 영국은 EU역내에서의 기업활동에 제약을 받게 된다.

2.2.6. 개업의 자유권이 보장되지 아니하는 경우

EU탈퇴 후의 영국의 입장은 단순히 WTO회원국에 지나지 아니하는 수준부터 EU와 경제적 측면에서의 호혜적 협정을 체결하는 수준까지 그 스펙트럼의 폭은 다양할 것으로 보인다. 문제는 기술한 바와 같이 영국이 EU와 특별히 개업자유의 권리를 보장하는 취지의 협정을 체결하지 못하는 경우, 영국에서 설립되고, 다른 EU회원국에 사업총괄지를 갖고 있는 회사나 법인에게 미치는 영향의 정도이다. 이와 관련하여 다른 EU회원국에서 설립되고, 영국에서 사업총괄지를 갖는 경우에는 영국이 설립준거법주의(Incorporation theory)를 채택하는 한, 영국이 EU회원국의 지위를 상실한 경우에도 이전과 같이 영국에서 법인격을 가지고 사업활동을 지속적으로 전개할 수 있다.

이에 비하여 영국에서 설립되고, 사업본거지법주의(seat theory)를 채택하는 EU회원국에서 사업을 영위하는 회사는 영국이 특별한 합의 없이 EU를 탈퇴하는 경우에 아래와 같은 영향이 있을 것으로 생각된다. 즉 현재는 위에서 살펴본 바와 같이 EU사법재판소(CJEU) 판례법의 전개, 특히 Centros판결 이후 독일과 오스트리아와 같은 사업본거지법주의를 채택하고 있는 EU회원국의 경우에도 다른 EU내지 유럽경제지역가입국에서 적법하게 설립된 회사에 대하여는, 특히 당해 설립지가 설립준거법주의를 채택하고 있는 경우에는 사업본거지법주의

70) Scott James/Lucia Quaglia, *The UK & Multi-Level Financial Regulation from post-crisis reform to Brexit*, OUP, 2020, pp.175~177.

71) 2011년 11월 1일.

72) 2017년 9월 21일.

73) 2017년 12월 8일.

74) Scott James/Lucia Quaglia, *op. cit.*, pp.177~178.

75) *Ibid.*, pp.175, 177.

의 전통적인 접근방식에 따르지 아니하고, 등기지법에 의하여 준거법이 결정된다.⁷⁶⁾ 따라서 이러한 국가에서 사업총괄지를 갖고 있는 회사에 대하여도 영국이 유럽경제지역(EEA)의 가입국의 지위를 갖게 되면, 영국을 설립등기지로 하면 영국회사법이 적용된다. 그리고 그 적용범위는 회사법의 전분야이다.

그러나 영국이 EU에서 탈퇴를 하면, 그리고 유럽경제지역의 가입국의 지위도 갖지 않게 된다면, 위에서 기술한 ‘특별대우’를 받을 수 없게 된다. 예를 들면, 독일연방최고법원의 Trabrennbahn판결⁷⁷⁾에서는 스위스에서 설립된 주식회사의 사업총괄지를 독일로 자유롭게 이전할 수 있는지의 여부가 문제되었는데, 동 법원은 EU회원국도 유럽경제지역의 가입국도 아닌 스위스회사에 대하여는 설립준거법주의를 적용할 수 없다고 하였고, 회사나 법인의 국제적인 이전을 인정하지 아니하였다. 그리고 동일한 사안에서 EU회원국은 아니지만, 유럽경제지역의 가입국인 리히텐슈타인의 회사에 대하여는 그 이전을 인정하였다.⁷⁸⁾ 이러한 판례의 태도는 어느 국가가 EU 또는 유럽경제지역의 구성원인지의 여부에 따라 형식적인 해석기준을 달리하고 있음을 뜻한다.

2.2.7. 영국에 등기가 있는 기존의 유사외국회사의 취급

기술한 바와 같이 회사를 신규로 설립하거나 기존회사의 사업지를 이전하든지 사업본거지 법주의 하에서 이를 실행할지의 여부는 대부분 경영자의 선택과 부담으로 귀속된다. 다만, 경영자 개개의 판단에 전적으로 위임된 것은 아니다. 예를 들면, 독일에서는 확실상으로도 영국의 EU탈퇴를 계기로 독일국내에서 사업활동을 하는 기존의 영국회사에게 불이익이 없도록 하여야 한다는 견해도 대두되고 있다. 그 논지는 일반적으로 국제사법의 일반원칙을 채택하여 권원수여이론내지 기득권이론⁷⁹⁾에서 영국회사의 이익을 보호하자거나 헌법상 보장된 기본권적 구성에 의한 합리적기대의 보호이론에서 구하고 있다.⁸⁰⁾ 다만, 이러한 견해들은 아직 독일의 법원에서 수용되고 있지는 아니하며, 입법적으로 영국 회사에 대한 특별조치도 강구되고 있는 상태는 아니다.

3. 회계제도의 변화가능성

영국이 브렉시트를 하는 경우에는 무엇보다도 국제회계기준의 준수여부가 관심의 대상이다. 기술한 바와 같이 영국은 현재 회사법 제474조를 통하여 국제회계기준(IAS)을 준수한다고 명시하고 있다. 이 때문에 영국은 2003년부터 IAS를 확대한 것으로서 세계 증권시장과

76) German Bundesgerichtshof, Judgement of 13 March 2003, VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185; Judgment of 14 March 2005, II ZR 5/03, ZIP 5/03, ZIP 2005, 806; Austrian Oberster Gerichtshof, Judgment of 15 July 1999, 6 Ob 124/99z; Judgment of 8 May 2008, 6 Ob 232/27z.

77) German Bundesgerichtshof, Judgement of 20 October 2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192.

78) German Bundesgerichtshof, Judgement of 19 September 2005, II ZR 158/06, BGHZ 164.

79) 한나라의 법에 의거 적법하게 취득한 권리와 같은 기득권(vested rights)은 타국에서도 존중되어야 한다는 이론으로서 국제사법의 기본원칙이 되고 있다. 17세기에 네덜란드에서 발전한 이론으로서 외국법을 적용하는 근거를 설명하는 도구개념으로서 이용되어 왔다. 영미의 국제사법 학설로부터 큰 영향을 받은 이론이다.

80) W. Bayer/ J. Schmidt, “BB-Gesetzgebungs-und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht”, (2015/2016) 71 Betriebs-Berater 1933.

투자자들이 일반적으로 사용하는 회계기준인 국제재무보고기준(International Financial Reporting Standards, 이하 ‘IFRS’)⁸¹⁾도 준수를 하고 있다.⁸²⁾

그러나 EU의 일부 회원국은 브렉시트를 하는 경우 영국이 IFRS를 준수할지에 대하여 회의적인 시각을 가지고 있다. 예를 들면, EU는 기업의 성과나 가치를 평가하기 위하여 환경·사회·지배구조(Enviromental, Social and Governance, 이하 ‘ESG’)⁸³⁾의 정보에 관한 평가도 필요로 하고 있는데, 브렉시트 이후 영국이 2014년의 EU의 비재무정보(non-financial information)지침⁸³⁾ 등을 준수하지 아니할 가능성이 큰 것으로 보고 있다.⁸⁴⁾ 이 점은 영국과 EU간의 브렉시트 교섭 중의 탈퇴사항 및 현행 규제내용을 보더라도 발생 가능성이 크며, 나아가 영국은 새로운 독자적인 회계기준을 채택하여 EU의 승인절차를 밟지 아니할 가능성이 높은 것으로 판단된다. 그것은 영국(UK)과 아일랜드(Ireland)의 회계규제기관인 영국의 재무보고위원회(Financial reporting council, FRC)⁸⁵⁾는 브렉시트 이후 영국은 EU법이나 규정에 구속을 받지 아니한다는 점을 강조하고 있고, 이 점에서 영국은 EU의 회계제도와는 다른 회계기준을 채택할 수 있을 것으로 예상되기 때문이다.⁸⁶⁾ 이 경우 기업의 성과나 가치를 평가함에 있어서 ESG정보를 배려하여야 한다는 EU의 입장에서 보면, 영국의 입장은 IFRS 그 자체의 이념과는 다른 회계규정을 마련한다는 점, 즉 별개의 개념구조를 취한다는 것을 의미한다. 그리하여 EU의 일부회원국은 현행의 대륙형의 국제회계규정과 다른 형태의 회계규정이 마련될 것을 우려하고 있는 듯하다.

한편 영국의 재무보고위원회는 IFRS의 규정 중 특히 제15조 고객과의 계약에 의한 수익(Revenue from contracts with customers), 제9조의 금융상품(Financial instruments) 및 제16조 리스(Leases) 등 비교적 최근에 채택된 내용에 대하여는 공시를 전제로 하여 그 경제적인 영향을 분석한 후 변화를 모색할 것임을 밝히고 있다.⁸⁷⁾

[표] EU와 영국에서의 ESG에 관한 주요공시제도 개요

EU				영국			
관련법제	E	S	G	관련법제	E	S	G
2006년 EU 기업지배구조 보고에 관한 지침			O	2006년 회사법	O	O	
2013년 EU 신회사법지침	O	O	O	2006년 회사법 (전략보고서 및 재무보고서) 규칙 2013	O	O	O

81) IAS와 IFRS의 원칙에 대하여는 Nicola de Luca, op. cit., pp.221~230.

82) Eilis Ferran/Look Chan Ho, Principle of Corporate Finance Law, OUP, 2014, pp.423~428.

83) Directive 2014/95/EU.

84) Julia Irvine, “Brexit may lead to divergence between EU and UK accounting framework”(2016. 10. 2 1) :

<http://economia.icaew.com/news/october-2016/brexit-may-lead-to-divergence-between-eu-and-uk-accounting-framework-ffc>

85) 재무보고위원회는 영국과 아일랜드의 회계감사, 보험계리(actuaries) 등에 대하여 독립적으로 규제를 하는 기관이다. 그리고 영국의 기업지배구조와 스투어트쉽코드(Stewardship Codes)를 제정한 기관이기도 하다 (Derek French/Stephen Mayson/Christopher Ryan, Company Law, OUP, 33rd. ed., 2016, p.255; Lee Roach, op. cit., p.528; John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister의 3인, op. cit., pp.469~470).

86) FTC, “Annual Review of Corporate Reporting 2015/2016”(2016. 10), p.9.

87) Ibid., pp.40~41.

2014년 EU 비재무보고지침	○	○	○	2013년 환경보고가이드라인	○		
2017년 EU 비재무정보가이드라인	○	○	○	2016년 상장규칙(기업지배구조관련)			○
-	-	-	-	2018년 런던증권거래소 ESG 보고 가이드	○	○	○

4. 국제적인 합병 및 유럽·영국회사 등에 미치는 영향

4.1. 서

EU회원국 간의 직접적인 기업이전에 해당하지는 아니하지만, EU의 법제에 의거 국제적인 기업활동을 촉진하는 수단으로서는 복수의 EU회원국에 걸친 「국제적인 기업합병에 관한 지침」⁸⁸⁾ 및 「유럽회사에 관한 규칙」⁸⁹⁾이 있다. 이러한 법제 즉, ① 영국기업⁹⁰⁾이 국제적인 합병당사회사가 되어 다른 회원국회사와 합병하는 경우 및, ② 영국기업⁹¹⁾이 규정상의 절차와 방법에 의거하여 유럽회사가 되는 경우에 영국이 브렉시트 후 유럽경제지역의 가입국이 되면, 유럽경제지역의 구성원으로서 회사법분야에 관한 EU입법을 수용을 하게 되므로 영국회사의 입장에서는 어떠한 불이익은 없다. 이 때문에 국제적인 합병의 경우에는 하드 브렉시트(Hard Brexit)⁹²⁾를 하는 경우에 논할 실익이 있다.

4.2. 국제적 합병에 미치는 영향

4.2.1. EU의 관련지침의 내용

「국제적 기업합병에 관한 지침」은 합병당사회사에 필요한 절차 예를 들면, 국제적 합병계약서의 작성, 경영자의 보고서, 檢査人의 보고서 및 주주총회의 승인 등을 정함(동지침 제5조내지 제9조)과 동시에 회원국에 대하여 국내의 상당한 사법·행정기관 등에 합병의 형식적인 적법성에 관한 심사절차를 위임하는 취지를 정할 것을 의무화하고 있다(동지침 제10조(1)). 회원국의 권한 있는 기관은 당사자회사 간 합병절차의 완료 전에 각각의 당사자회사의 회원국에서 합병에 관한 형식적인 심사절차를 밟고(동지침 제10조(1)), 지체 없이 그 취지의 증명서를 발행하여야 한다(동지침 제10조(2)). 합병당사회사는 기술한 증명서발행일로부터 6개월 이내에 해당증명서를 첨부하여, 그 국제적인 합병에 권한 있는 기관⁹³⁾으로부터 최종적

88) Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, OJ 2005 L 310/1.

89) Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), OJ 2001 L 294/1.

90) 주식의 공개와는 무관한 유한책임회사.

91) 공개회사 등.

92) 이는 영국이 의회의 승인을 얻지 못한 채, EU의 탈퇴시 EU와 무역, 관세 및 노동 정책 등 분야에 걸쳐 맺었던 모든 동맹관계를 모두 정리하고 탈퇴하는 방식을 말한다(John Birds/Daniel Attenborough/M.R.Leister의 3인, op. cit., 2019, p.883.). 따라서 일정한 분담금을 내면서 단일시장 접근권만은 유지하는 ‘노르웨이 모델’ 같은 ‘소프트 브렉시트’와는 다른 완전분리를 뜻한다. 영국은 2017년 1월 17일 하드 브렉시트를 선언하면서 EU 관세동맹과 EU 단일시장에서 동시에 탈퇴하겠다는 입장을 밝혔었다.

93) 합병효력발생일에 존속회사가 되는 회사 또는 신설회사가 소재하는 회원국의 기관을 말한다.

인 적법성심사를, 신설합병의 경우에는 회사설립절차의 적법성심사를 거쳐서(동지침 제11조) 통과가 되면 해당기관이 정한 효력발생일에 관련 합병은 효력이 생긴다(동지침 제12조).

영국의 브렉시트 후 영국회사가 국제적인 합병의 절차를 개시하는 경우에는 동 지침의 적용을 받지 않게 되므로 단순히 제3국의 회사로 취급받게 된다. 이 때문에 합병당사자회사의 준거법인 EU회원국의 회사법이 국제적 합병대상의 회사를 EU회원국내지 유럽경제지역가입국의 회사로만 한정하는 개방하는 경우 영국의 회사는 국제적인 합병자체가 불가능해질 가능성도 있다.

영국의 브렉시트 전 국제적 합병으로 합병존속회사 또는 신설회사가 영국회사인 경우에는 기술한 바와 같이 EU 혹은 유럽경제지역 내, 특히 사업본거지법주의(seat theory)를 채택하는 회원국에 대한 접근성에 제약을 받을 수 있고, 재차 EU회원국의 기업과 국제적 합병을 하고자 하는 때에는 위와 같은 이유에서 합병자체가 성사되지 아니할 가능성이 높다. 나아가 영국의 EU탈퇴와의 관계에서 문제가 될 수 있는 것은 영국의 회사가 당사자회사가 되는 국제적인 합병의 효력발생일이 시기적으로 EU탈퇴일을 경과하는 때이다. 실무적으로는 당사자회사가 소재하는 회원국의 권한 있는 기관의 심사 및 증명서의 발행에 시간이 소요되는 사례가 있을 수 있고, 동시에 그 증명서를 취득한 날로부터 최장 6개월의 유예기간을 가지고 합병완료의 가부에 관한 심사를 개시하여 효력발생일이 설정될 수도 있다. 나아가 영국의 EU탈퇴 후 행정업무가 지연되는 등의 요인이 추가적으로 발생하면, 국제적 합병에 동반되는 위험요인은 더욱 더 증가하게 될 것이다.

이와 관련하여 EU의 지침은 특정된 회원국의 이탈을 상정한 규정을 두지 않고 있기 때문에 각 회원국이 EU의 합병지침을 이행하기 위하여 제정한 국내법규도 아직까지는 그와 같은 상황에 대비한 규정은 없는 것으로 보인다. 그리고 EU지침과는 별도로 독자적으로 브렉시트에 대비한 국제적인 합병규정을 두고 있는 국가도 보이지 아니한다.

4.2.2. 영국의 관련규칙의 내용

영국은 EU의 「국제적인 기업합병에 관한 지침」을 「2007년 회사(국제적 합병)규칙」(The Companies(Cross-Border Mergers) Regulation 2007)⁹⁴⁾라고 하는 시행규칙(Statutory Instruments)을 마련하여 시행하고 있다. 해당규칙은 법원이 명령으로 국제적 합병심사를 하여 합병완료를 승인하고, 명령으로부터 21일 경과이후의 날을 효력발생일로 정하고 있다(동규칙 제6조내지 제21조). 그런데 지침의 이행형태로 규칙을 마련하였다고 하더라도 국내 입법절차를 거쳐 제정된 국내법제는 회원국이 EU를 탈퇴하였다고 하더라도 자동적으로 실효된다고 볼 수만은 없다. 그리하여 국제적 합병 후의 존속회사 또는 신설회사의 등기지가 영국 내에 존재하는 때에는 종래와 같이 국제적 합병에 따른 등기절차는 영국에서 이루어지게 된다. 다만, 기술한 바와 같이 제3국의 회사와의 국제적 합병을 인정하지 아니하는 회원국법에 의거 설립된 회사는 EU로부터 탈퇴한 영국의 회사와 국제적 합병계약을 체결하였다고 하더라도 관련계약은 효력이 없게 된다. 이 때문에 영국국내에서 등기절차를 완결시킬 수 있는 것은 영국의 EU탈퇴일 전에 국제적 합병절차를 진전시켜서 이미 합병완료 전의 당사자회사별로 국내심사절차를 종료하고, 탈퇴일에 영국에서의 등기절차만을 남겨두고 있는

94) SI 2007/2974. 자세한 내용은 Paul L. Davies/ Sarah Worthington, op. cit., pp.1118~1122; Louise Guillifer/Jennifer, Corporate Finance Law, Hart Publishing, 2nd ed., 2015, p.754.

경우로 한정된다. 그와 같은 경우에도 EU탈퇴 후의 존속회사 또는 신설회사인 영국회사에 대하여는 역내자유이동의 편익은 제공되지 아니한다.

한편, 영국의 회사가 국제적 합병의 당사자회사이고, 존속회사 또는 신설회사가 다른 EU 회원국에서 등기를 하여야 하는 경우에는 국제적 합병절차가 예상치 못하게 탈퇴일을 경과하게 되면, 해당회원국의 국내법의 해석에 의거 합병절차를 완료할 수 있는지의 여부가 결정된다. 가령, EU회원국의 국내법이 국제적 합병을 EU회원국내지 유럽경제지역 가입국의 회사에 대하여만 허용하는 경우 영국의 브렉시트 후에는 해당회원국에서는 영국회사와의 국제적 합병이 인정되지 아니하기 때문에 합병등기를 할 수 없다. 다만, 합병당사회사가 영국의 EU탈퇴 전에 합병절차가 완료될 것으로 예견되고 있음에도 불구하고 합병완료 전에 여러 절차가 현저하게 지연되어 최종적인 존속회사 또는 신설회사의 등기가 탈퇴일 후로 미루어지는 경우는 회원국의 권한 있는 기관이 지체 없이 증명서를 발행하여야 한다는 취지의 지침상의 의무에 반하는 것이므로 당사자회사에 그 책임을 귀속시키는 것은 형평성을 결하는 사례라고 할 수 있다. 다만, 이러한 사례에 대하여는 적어도 합병당사회사가 영국의 탈퇴 전에 합병완료에 관한 여러 절차에 필요한 서류를 존속회사 또는 신설회사가 소재하는 국가의 권한 있는 기관에 제출한 경우에, 해당기관은 영국의 탈퇴일 이후일지라도 합병완료의 명령을 발할 수 있는 취지를 회원국 간에서 합의하는 등의 운용상의 방법에 의하여 극복할 수 있다는 견해도 있다.⁹⁵⁾

「국제적인 기업합병에 관한 지침」은 국제적 합병의 완료시 존속회사 또는 신설회사가 소재하는 회원국으로 하여금 합병공시를 국내 법제화할 것을 요구하고 있다(동지침 제13조). 영국의 「2007년 회사(국제적 합병)규칙」은 ① 국내에서의 존속회사 또는 신설회사에 대하여 법원의 합병승인명령일로부터 7일 이내에 회사등기소에 법원이 내린 명령의 복본을 제출하여야 한다는 취지를 의무화함과 동시에, ② 회사등기소는 합병절차가 완료하였다는 취지를 지체 없이 다른 관계기관, 즉 소멸회사의 회원국국내기관에 통지하도록 명시하고 있다(동규칙 제21조).

다른 한편 영국의 회사등기소가 EU 또는 유럽경제지역의 회원국의 등기소로부터 통지를 받은 때에, 영국의 등기소는 국제적 합병의 효력발생일 또는 그 이후 지체 없이 영국의 소멸회사의 등기를 말소하고, 등기부에 당해회사의 자산·부채가 존속회사 또는 신설회사에 승계된다는 취지를 기재하여야 한다(동규칙 제21조(3)(b)).

4.3. 유럽 및 영국회사에 미치는 영향

4.3.1. 등기제도 등에 대한 영향

유럽회사(SE)는 EU의 「유럽회사규칙」(SE Regulation, 이하 ‘SE규칙’)⁹⁶⁾에 그 존립기반을 두고 있다(동규칙 제2조). EU규칙은 직접 적용되는 효과가 있기 때문에, 유럽회사에 대하여도 별도의 국내법제화의 절차를 거치지 아니하고 각 회원국에 적용된다. 영국은 국내에서의 유럽회사를 유치하기 위한 체제를 정비하기 위하여 「2004년 유럽공개회사규칙」(European Public Limited-liability Company Regulations 2004)⁹⁷⁾을 제정하고, 2009년 및

95) John Armour, op. cit., p.242.

96) Council Regulation(EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company(SE).

2014년에 동 규칙을 개정⁹⁸⁾하였다. 그리하여 실무적으로 영국 내에서 유럽회사의 등기실무는 2004년부터 시작되었다.⁹⁹⁾

유럽회사의 준거법은 본점소재지(registered office)의 공개회사법이다(SE규칙 제15조). 유럽회사는 등기일에 설립국의 권한 있는 기관에 등기함으로써 법인격을 갖는다(SE규칙 제16조). 따라서 원칙적으로 영국에서 유럽회사를 설립할 수 있는 것은 EU탈퇴일보다 이전에 영국에서 등기를 종료한 경우에 한하지만, 「ECA1972」의 폐지와 「2018년 EU탈퇴법」에 의거 영국 내에서 위의 규칙이 개폐되지 아니하는 한, SE규칙은 영국에서 존속할 수 있으므로 영국에서 설립등기를 종료한 기존의 유럽회사는 보호된다.

EU탈퇴가 효력을 받으면, SE규칙도 효력이 정지되어 영국에는 적용되지 아니한다. 영국 내에서 정한 SE규칙도 효력을 상실한다. 이에 대하여 영국이 EU탈퇴의 후속조치로 국내의 법제화를 통하여 기존의 EU법체계를 포괄적으로 수용한다면, 적어도 탈퇴일 시점의 EU법은 영국에 수계된다. 이 경우에는 기존의 유럽회사도 그리고 탈퇴일 전부터 영국에서 유럽회사 설립절차를 밟고 있었던 경우도, 지속적으로 영국 내의 유럽회사 관련법에 의하여 보호된다. EU법이 브렉시트 후의 영국에 계수되지 아니하는 경우에는 기술한 바와 같이 영국의 탈퇴와 함께 SE규칙은 적용되지 아니하고, 탈퇴일 전에 설립절차를 밟고 있었던 경우에도 탈퇴일 이후는 영국에서 유럽회사의 등기를 완료할 수 없게 된다. SE규칙은 등기 전에 유럽회사의 이름으로 행하여진 법률행위에 대하여 등기 후의 유럽회사는 책임을 부담하지 아니한다는 취지를 정하고 있는데(동규칙 제16조 제2항), 이 규정은 유럽회사의 성립을 전제로 하는 것이며, 브렉시트로 인하여 등기될 가능성이 없는 경우에는 적용될 여지가 없다.

기존의 유럽회사의 입장에서라도 같은 문제가 있다. 가령 SE규칙이 영국의 탈퇴일 후의 영국에 수계된다고 하면, 특별한 불이익은 입지 않을 것이다. 다만, 영국의 탈퇴 후에 EU에서 SE규칙을 개정하는 때, 국내법으로서 존재하는데 불과하게 되는 영국의 유럽회사관련 법제는 그 개정에 규율되지 아니한다.

4.3.2. ‘SE’ 라는 문구의 사용가부

영국이 기존의 EU법을 수용하지 아니하는 때에는 SE규칙 역시 브렉시트 후에는 적용되지 아니하기 때문에, 기존의 영국의 유럽회사는 유럽회사의 지위를 상실하게 되지만, 상호 중에 임의로 유럽회사(SE)라는 문자를 포함하는 것은 별다른 문제가 없다. 왜냐하면 SE규칙 제11조 제2항은 유럽회사에 대하여 상호 중에 ‘SE’ 라는 문자를 사용하도록 하고 있는데, 브렉시트에 따라 동 규정은 적용되지 아니하므로 EU규칙상의 ‘SE’ 가 아닐지라도 ‘SE’ 라는 문자를 계속 사용할 수는 있기 때문이다. 다만, 그러한 회사의 존재를 인정하면 실무상으로 혼란을 야기할 수는 있을 것이다.

97) SI 2004/2326.

98) European Public Limited-liability Company(Amendment) Regulations 2009, SI 2009/2400; European Public Limited-liability Company(Amendment) Regulations 2014, SI 2014/2382.

99) A. Carlson, “The European Trade Union Institute, Overview of current state of Se founding in Europe”, (2017. 3. 31)에 의하면, 2017년 3월 31일 현재 유럽회사의 총등기수는 2757개이며, 영국에서 등기를 한 회사의 수는 42개사이다.

4.3.3. 본점이전에 대한 영향

SE규칙은 유럽회사의 본점(registered office)의 移轉을 인정하고 있다(동규칙 제8조). 그리하여 SE규칙은 유럽회사 본점의 이전계획, 이전의 법적·경제적 관점에서의 정당성, 주주·채권자·종업원에게 이전의 영향에 관한 경영자보고서의 작성, 주주총회에서의 승인절차, 이전계획을 가진 유럽회사 국내의 권한 있는 기관이 발행한 증명서, 이전하고자 하는 회원국의 권한 있는 기관의 등기 및 회원국과 EU에서의 공시절차를 정하고 있다(동규칙 제20조내지 제28조, 제32조, 제37조).

SE규칙이 브렉시트 이후의 영국에 수계되지 아니하는 경우, 다른 EU회원국에 있는 유럽회사가 영국의 브렉시트 후에 본점을 영국으로 이전하는 것은 어렵게 된다. 이에 비하여 영국에 있는 유럽회사가 다른 EU회원국으로 본점을 이전할 수 있는지에 대하여는 회원국의 지위를 상실한 국가의 유럽회사라는 점을 이유로 EU회원국이 등기를 거절할 수 있는지의 문제가 생기는데, 예견하기는 어려운 상황이다. 그로 인하여 기술한 국제적 합병의 경우와 마찬가지로 적어도 브렉시트 전에 영국의 권한 있는 기관에 이전절차에 관한 필요서류를 제출한 경우에는 이전하고자 하는 회원국의 권한 있는 기관은 이전절차의 완료를 인정할 수 있는 취지의 합의를 회원국 간 명시하여 두어야 한다는 견해가 대두되고 있다.¹⁰⁰⁾

5. 공개매수법제에 미치는 영향

5.1. 서

기업의 매수는 우리나라계열 기업의 중요한 사업 중의 하나이다. 우리나라의 개인이나 법인이 투자하는 기업이 유럽의 현지기업을 매수하여 유럽시장에 진출하는 것은 일반적인 현상이다. 따라서 이하에서는 기업공개매수에 관한 EU의 지침 및 브렉시트가 미치는 영향에 대하여 살펴본다.

5.2. EU에서의 기업매수의 주요 내용

5.2.1. 상장기업의 매수

기업의 매수는 상장기업의 매수와 비상장기업의 매수 2종류로 나누어진다. 상장기업의 매수는 EU의 각 회원국 상장기업의 매수에 관한 국내법에 의거하여 행하여진다. 회원국의 국내법은 「EU의 공개매수지침」¹⁰¹⁾에 의거하여 제정되므로 EU회원국 간에 상장기업의 매수에 관한 규율은 어느 정도 통일성을 갖게 되었다. 이 지침은 제정시 영국의 공개매수에 관한 법제(Takeover City Code)¹⁰²⁾로부터 많은 영향을 받았고,¹⁰³⁾ 지침의 제정에 의하여 EU회원국의 공개매수에 관한 국내법이 영국의 국내법과 유사하게 되었다.

100) John Armour/Holger Fleischer/Vanessa Knapp/Martin Winner, op. cit., p.245.

101) Directive 2004/25/EC Of The European Parliament and Of The Council of 21 April 2004 on takeover bid(Nicola de Luca, European Company Law Text, op. cit., pp.398~433).

102) Lee Roach, op. cit., pp.634, 636~647; Paul L. Davies/ Sarah Worthington, op. cit(2019), pp.1024~1032; Derek French/Stephen Mayson/Christopher Ryan, op. cit(2019), pp.229~232.

103) Paul L. Davies/ Sarah Worthington, op. cit., pp.1024~1026.

5.2.2. 비상장기업의 매수

비상장기업의 매수는 EU회원국의 계약법에 의하여 행하여진다. 계약법에 대하여는 EU차원에서의 회원국법률에 대한 영향은 거의 없고, 각각의 EU회원국의 독자적인 법률에 의거하여 계약의 교섭되고 체결된다.

5.3. 브렉시트로 인한 영향

5.3.1. 영국의 공개매수규칙에 관한 영향

영국의 공개매수규칙은 EU의 공개매수지침에 영향을 주었고, EU의 지침을 토대로 재차 국내법제화하였으므로 단기적으로 브렉시트로 인한 영향은 없을 전망이다. 그러나 공개매수에 관한 법제는 비교적 빈번하게 개정된다. 이 때문에 단기적으로는 EU지침의 규제를 받지 아니하더라도 중장기적으로는 개정의 시차로 인하여 EU의 다른 회원국의 공개매수에 관한 법제와 영국의 법제 간에 상이한 부분이 발생할 가능성이 높다. 다만, 상장기업의 매수는 국내에서 완결되는 경우가 많고, 다른 EU회원국과 영국의 상장기업의 매수에 관한 법률이 다른 점이 실무적으로 미치는 영향은 크지 않을 것으로 예상된다.

5.3.2. 비상장기업의 매수에 관한 영향

기술한 바와 같이 비상장기업을 매수를 하는 때에는 EU법률이 계약체결의 내용에 관여하는 바는 없다. 이 때문에 계약의 내용에 대한 브렉시트로 인한 영향은 거의 없을 것으로 보인다. 다만, 일반적인 관점에서 브렉시트로 인하여 절차상 상당한 주의(due diligence)를 다하기 위하여 몇 가지에 주의를 기울일 것으로 예상되는데, 그 내용은 다음과 같다.

첫째, EU역내의 그룹회사의 구성과 브렉시트로 인한 간접세(in direct tax)¹⁰⁴의 영향.

둘째, 현재의 종업원의 계속고용과 신규종업원의 고용에 대한 영향.

셋째, 거래처와의 계약을 체결하는 경우 EU를 계약대상의 지역으로 하고 있는 경우의 영향. 예를 들면, 독점판매권이 부여되어 있는 지역이 EU인 경우 영국이 그 대상에서 벗어난다고 해석되는 때의 영향.

넷째, 브렉시트로 인하여 EU차원에서 등록되어 있는 상표 또는 의장 등의 지적재산권이 영국에서는 유효하지 아닐 가능성.

다섯째, 브렉시트로 인하여 면허(license)를 상실할 가능성 및 재등록에 관한 비용

여섯째, 영국과 다른 EU회원국 간의 보험회사가 적절한 조치를 취하지 아니한 경우 보험계약이 무효로 될 가능성.

일곱째, 수출입에 관한 계약에 있어서 책임분담의 확인 등이 그에 해당한다.

104) 납세의무자와 담세자(擔稅者)가 불일치하고 조세의 부담이 타인에게 전가되는 세금을 말한다. 예를 들면, 주세의 납세의무자는 주조업자이지만 주세를 실질적으로 부담하는 자는 소비자다. 주조업자가 부담한 주세가 주류의 가격에 포함되어 결과적으로 주류의 소비자에게 전가되기 때문이다. 주세 외의 대표적인 간접세로는 부가가치세, 개별소비세, 인지세 또는 증권거래세 등이 있다.

IV. 맺음말

이 글에서는 영국의 브렉시트가 영국법 특히 회사법제에 미치는 영향을 중심으로 살펴보았다. 그리고 그 수단으로서 EU 및 유럽경제지역(EEA)의 기업활동과 관련이 있는 「EU운영조약」(TFEU)상의 기본권, EU의 지침 및 영국의 법제를 개괄적으로 분석하여 보았다. 그 결과 하드 브렉시트로 귀결되는 때에는 EU 또는 유럽경제지역에서의 영국의 기업의 활동은 제약을 받을 것으로 보인다. 때문에 EU의 법인격을 취득하고자 하는 기업의 설립이나 기업의 이동, 그리고 국제적 합병이 현재보다 크게 어려워질 것으로 예상된다. 이 가운데 기업의 이전과 관련하여서는 브렉시트 후 EU운영조약 제49조가 적용되지 아니함에 따라 영국에서 설립된 기를 마친 회사라고 할지라도 독일과 같이 회사의 등기를 요하는 국가에서는 등기를 하지 아니하는 경우 조합설립자(출자자)로 취급되어 무한책임을 부담하게 될 위험성이 있다. 따라서 영국에서 설립된 회사 중 이러한 절차상의 번거로움과 법인운영의 위험을 회피하고자 하는 회사는 사업총괄지를 영국 또는 설립준거지법주의(Incorporation theory)를 채택하는 국가로 이전할 가능성이 있다. 국제적 합병 및 유럽회사의 경우에는 영국이 탈퇴일에 존재하는 EU의 입법을 포괄적으로 국내법제화하는 구조를 마련하는 때에는, ① 영국의 EU탈퇴일을 경과하여 국제적 합병절차 또는 유럽회사의 설립절차가 완성되고, 관련 회원국의 권한 있는 기관에서 필요한 절차를 밟은 후에는 영국에서 존속회사 또는 신설회사 혹은 유럽회사의 등기를 하는 것은 가능할 것으로 보이고, ② 기존의 SE도 해당국가의 법제화를 통하여 보호될 것으로 보인다.

나아가 지침에 의거 성사된 국제적 합병에 대하여는 적어도, 탈퇴일 시점의 지침을 이행한 영국의 조치는 탈퇴일 이후에도 영국에 존속하게 되므로, 다른 EU회원국에 등기를 한 회사와 국제적 합병을 하여 존속회사 또는 신설회사를 영국회사로 하는 합병형태의 경우에는 절차의 최종단계인 등기절차만을 영국 내에서 완료하는 것은 가능할 전망이다. EU탈퇴일 이후는 기본적으로 EU 또는 유럽경제지역(EEA) 외의 제3국의 회사와의 국제적 합병을 인정하지 아니하는 회원국 회사와의 합병계약은 효력을 갖지 않게 된다. 그 결과 실무적으로는 영국 내에서의 등기의 가부의 문제는 발생하지 아닐 전망이다. 그리하여 영국회사가 국제적 합병의 당사자회사가 되지만, 존속회사 또는 신설회사의 등기가 다른 회원국에서 행하여는 경우에는 해당국가의 회원국법이 EU 또는 유럽경제지역 이외의 회사와의 국제적 합병을 인정하지 아니하면, 원칙적으로 관련 국제적 합병이 성립되지 아닐 가능성이 높다. 다만, 국제적 합병과 관련하여 ① 영국의 하드 브렉시트로 인한 실무상의 혼란을 피하기 위하여 그리고, ② 유럽회사를 신설 또는 본점을 이전하는 경우에는 당사자회사가 합병 전의 절차 혹은 신설 전·이전 전의 절차를 모두 완료하여 관련기관으로부터 그 취지의 증명서를 발행받아 해당증명서를 제출한 때에는 다른 EU회원국에서의 합병 후의 존속회사 또는 신설회사, 혹은 유럽회사의 신설이나 본점의 이전등기를 가능하게 하는 경과조치를 EU회원국 간의 명시적 합의에 의하여 마련할 가능성도 있다고 본다.

유럽회사(SE)는 EU의 회원국에 직접 효력을 발생하는 규칙(regulation)에 의거 존재하게 되므로 영국이 기존의 EU입법을 포괄적으로 수계하는 구조가 마련되지 아니하는 한, 그에 대응하는 영국 내의 규칙도 효력을 상실하게 되므로 브렉시트에 따라 영국에서 유럽회사의 설립은 어렵게 된다.

SE규칙은 유럽회사의 본점의 이전을 인정하고 있는데, 하드 브렉시트 후에는 다른 EU회원국에 있는 유럽회사가 그 본점을 영국으로 이전하는 때에는 많은 제약이 따르게 된다. 반면 영국에 있는 유럽회사가 그 본점을 다른 EU회원국에 이전할 수 있는지의 여부는 다른 회원국의 법제운영정책에 위임되므로 예단하기 어렵다. 다만, 이미 SE규칙의 적용을 받지 아니하고, 단순히 영국공개회사의 지위를 갖는 회사에 대하여 EU회원국은 유럽회사로서 등기를 할 의무를 부담하지 아니한다는 입장을 취하고 있다.

한편 영국이 소프트 브렉시트, 즉 브렉시트 이후에도 영국이 유럽자유무역연합(EFTA)에 참가하고, 유럽경제지역(EEA)의 가입국이 되면, 기업의 이동의 자유 등 기업의 활동에는 큰 영향이 없을 것으로 보인다. 이 경우 브렉시트의 하나의 원인이 되었던 이민자의 유입¹⁰⁵⁾의 가능성은 없어지지 아니하기 때문에, 여전히 그러한 상황에 대한 부정적인 여론이 형성될 것으로 보이므로 지속될 것이므로 영국과 EU 간의 개별협정의 내용이 중요할 것으로 보인다.

마지막으로 기업의 공개매수와 관련하여서는 영국과 EU법제의 연혁상 단기적으로는 우려만큼의 영향은 없을 것으로 보이지만, 중장기적으로는 영국과 EU회원국 법률 간의 간극이 확대될 수 있다. 그러므로 우리기업으로서는 현지사정에 밝은 법률자문인을 이용하여 기업운영의 법적 위험을 예방할 필요가 있다.

105) Denis MacShane, op. cit., pp.17~18.

〈 참고문헌 〉

- 김대인, WTO 정부조달협정 및 FTA 정부조달분야 국내이행법제의 개선방안에 대한 연구, 한국법제연구원, 2013.
- 전혜원, “노딜 브렉시트의 전망과 함의”, 「IFANS 주요국제문제분석」 2019-02(2019. 2).
- 황남석, “유사외국회사에 관한 고찰”, 「법학논총」 제39권 제2호(전남대 법학연구소, 2019).
- Andrea Biondi/Patrick J. Birkinshaw/Maria Kendrick, Brexit: The Legal Implications: The Legal Implications, Wolters Kluwer, 2018.
- Brenda Hannigan, Company Law, OUP, 4th ed., 2016.
- Denis MacShane, Brexiteranity; The Uncertain Fate of Britain, I.B.TAURIS, 2019.
- Derek French/Stephen Mayson/Christopher Ryan, Company Law, OUP, 36th ed., 2019.
- Derek French/Stephen Mayson/Christopher Ryan, Company Law, OUP, 33rd. ed., 2016.
- Ellis Ferran/Look Chan Ho, Principle of Corporate Finance Law, OUP, 2014.
- European Commission, Study on the Law Applicable to Companies Finanl Report, LSE Enterprise, 2016.
- John Birds/Daniel Attenborough/ M.R.Leister외 3인, Boyle & Birds’ Company Law, LexisNexis, 10th ed., 2019.
- Lee Roach, Company Law, OUP, 2019.
- Louise Gullifer/Jennifer, Corporate Finance Law, Hart Publishing, 2nd ed., 2015.
- Nicola de Luca, European Company Law Text, Cases and Materials, CUP, 4th ed., 2019.
- Paul L. Davies/ Sarah Worthington, Principle of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 9th ed., 2012.
- Scott James/Lucia Quaglia, The UK & Multi-Level Financial Regulation from post-crisis reform to Brexit, OUP, 2020
- A. Carlson, “The European Trade Union Institute, Overview of current state of Se founding in Europe”, (2017. 3. 31).
- Catherine Barnard, “Law and Brexit”, 「Oxford Review of Economic Policy」 Vol.33, No. S1(2017).
- Clifford Change, “The European Union(Withdrawl) Act 2018: What It Does, Why And How” (2018. 7).
- FTC, “Annual Review of Corporate Reporting 2015/2016” ,(2016. 10).
- House Of Lords, Select Committee on the Constitution 1st Report of Session 2019-21(2020.1.14.)
- John. Armour, “Who should make corporate law? EC legislation versus regulatory competition”, Law Working Paper No. 54/2005, Cambridge University(2005. 6).
- John Armour/Holger Fleischer/Vanessa Knapp/Martin Winner, “Brexit and Corporate Citizenship”, Eur Bus Org Law Rev. Vol.18. Issue2(2017. 6).
- Julia Irvine, “Brexit may lead to divergence between EU and UK accounting framework” (2016. 10. 21).
- Marco Becht/Colin Mayer/Hannes F. Wagner, “Where do firms incorporate? Deregulation and

- the cost of entry” , Journal of Corporate Finance 14(2008).
- Nicole Stolowy, “The Corporate Domicile: Is the “Real Seat“ Theory Always Pertinent?” The journal of business law. issue 8, Sweet & Maxwell (2015).
- Paul Davies/Eilis Ferran 외 10인, “The consequences of Brexit for companies and company law, European Company Law Experts(ECLE)” , (2017. 3).
- Tobias KRUIS, “Primacy of European Union Law — from Theory to Practice” , Ritsumeikan Law Review No. 28(2011).
- W. Kolvenbach, “EEC Company Law Harmonization and Worker Participation” , Univ. Pa. J. Int'l Bus. Law 11(1989).

제2세션

독일 회사법의 최근 동향
- 입법 · 판례를 중심으로 -

정 대 익
(경북대 법학전문대학원)

《 목 차 》

I. 서언	III. 판례의 동향
II. 입법동향	IV. 결론

I. 서언

이 글은 독일 회사법의 최근 동향이라는 제목하에 중요 입법 2개, 회사법 분야 판례에서 주식회사법 분야에서 5개 독일 연방대법원(BGH) 판례를 다루고자 한다. 입법 분야에서는 우선 2019.11.29. 통과되고 2020.1.1. 발효된 “유럽연합 제2차 주주권지침의 전환을 위한 법률”¹⁾(이하 ARUG II)의 핵심내용을 검토대상으로 삼았다. 상장회사에서 주주의 회사에 대한 영향력을 제고하고 주주권 행사를 용이하게 하기 위한 내용을 담고 있는 법률로 독일 주식회사법에 큰 영향을 미치는 입법이고 한국 회사법에 주는 시사점도 적지 않기 때문에 검토대상으로 가장 먼저 선택하였다.

다음으로 COVID-19의 급속한 확산으로 인해 2020.3.27. 제정된 “COVID-19의 세계적 유행이 민사법, 도산법, 형사소송법에 미치는 영향을 완화하기 위한 법률” (이하 COVID-19 법)²⁾이라는 한시법²⁾ 중 주식회사와 관련된 가상주주총회를 논의대상으로 삼았다. COVID-19에 대한 방역조치의 일환으로 집합금지명령이 내려진 상태 혹은 주주의 회합으로 인한 감염 위험 증가 가능성이라는 위기상황이 주주의 현장 참석이 전혀 없는 가상주주총회의 허용을 앞당기는 역할을 하였다. 긴급히 만들어진, 위기상황에 대응하기 위한 한시법으로서의 한계가 있으나 우리 곁으로 성큼 다가온 가상주주총회에 관한 법적 규율을 일별할 수 있으며, 한국에서 가상주주총회를 허용하는 경우 어떠한 내용의 법률이 바람직할지 고민하는 계기를 제공할 것으로 본다.

*인용이 완전하지 않는 잠정적 발표문이므로 인용은 자제해 주시기 바랍니다.

1) Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (BGBl. I 2019, 263 ff.).

2) Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020. BT-Drucks. 19/18110.

독일 연방대법원의 판례는 시기적으로 2017년에서 2019년 사이에 나온 판례 중 너무 독일적인 색깔이 강한 판례는 배제하고 한국 회사법에 도움을 줄 수 있는, 주식회사에 관한 판례 5개를 선정하였다. 5개의 판례에서 다룬 주제는 이사 해임, 신주인수권배제 시 주주평등의 원칙과 이사회결의 무효확인의 소의 제소기간, 적법한 대안적 행위 및 1인 주주의 승낙과 이사의 면책, 감독이사회의 주식회사 대표권, 경영이사회 이사의 손해배상책임을 추궁하지 않은 감독이사회 이사의 손해배상책임을 소멸시효 등이다.

지면의 한계상 한국법과의 비교는 생략하였으며, 최종 논문에는 반영할 예정이다.

II. 입법 동향

1. 유럽연합 제2차 주주권지침의 전환을 위한 법률(ARUG II)

2020.1.1.부터 발효된 ARUG II는 2017년 개정된 유럽연합 제2차 주주권지침³⁾(Shareholder Rights Directive II, 영국법의 영향을 대거 받음)을 독일 국내법으로 다소 지체되어 전환한 것인데⁴⁾, 핵심내용은 이사의 보수에 대한 주주의 통제 강화(say-on-pay), 이해관계자거래(related party transactions, RPT)에 대한 통제 강화, 주주에 관한 정보 청구권과 주주에 대한 정보전달의 개선(know-your-shareholder), 기관투자자, 자산운용업자 및 의결권자문기관에 관한 투명성 개선 등이다.

1) 이사회(경영이사회, 감독이사회) 보수체계

영국 회사법(Companies Act 2006) 제420조 이하, 제430조 이하에 있는 이사의 보수에 관한 내용을 차용한 유럽연합 제2차 주주권지침 제9a조, 제9b조의 내용을 독일주식법(AktG, 이하 주식법) 제87a조, 제113조 제3항, 제119조 제1항 제3호, 제120a조, 제162조에 전환한 것으로 이사를 위한 보수정책에 주주가 사실상 영향력을 행사하고 감독할 수 있도록 하는 것이 입법목표이다.⁵⁾

(1) 이사회 보수체계

감독이사회(Aufsichtsrat, supervisory board)는 주주가⁶⁾ 명확하게 이해할 수 있는, 경영

3) RL (EU) 2017/828 v. 17.5.2017, ABl. 2017 L 132, 1

4) 2019.6.10.까지 유럽연합 회원국의 국내법으로 전환하여야 했으나 독일의 ARUG II는 다소 지체되어 2019.11.14. 연방의회(Bundestag)를 통과하였고, 2020.1.1.부터 발효되었다.

5) 2003년에 2007년 사이에 DAX 30 소속 회사 경영이사회 이사의 보수는 2배 이상 증가하였으나 동기간에 근로소득은 10% 증가하였다고 한다. 2016년 DAX 30 소속회사 경영이사회 이사의 평균보수는 5백5십만 유로이다. Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V., Technische Universität München (Lehrstuhl für Controlling), Studie zur Vergütung der Vorstände in den DAX- und MDAX-Unternehmen in den Geschäftsjahren 2003, 2007.

이사회 보수체계를 마련할 의무가 있는데, 보수체계에는 보수최고액, 영업 전략과 회사의 장기적 발전에 대한 보수의 기여도, 변동보수와 고정보수의 비율 등이 확정되어야 한다(주식법 제87a조). 보수구조는 “장기적이고 지속가능한” 회사의 발전에 맞추어져야 하기 때문에(주식법 제87조 제1항) 보수를 확정할 때, 특히 인센티브 선택 시 감독이사회는 사회적·환경적 요소도 함께 고려하여야 한다.⁷⁾

상장회사의 주주총회는 감독이사회가 확정하여 제출한 경영이사회 보수체계에 관하여 4년마다 비구속적인(권리나 의무가 발생하지 않는) 승인결의를 하여야 한다(say-on-pay, 주식법 제120a조 제1항). 주주총회는 승인 혹은 불승인 결의만 할 수 있고 스스로 보수체계의 내용을 확정할 권한은 없다. 주주총회는 주식법 제122조 제2항 제1문에 따른 보수최고액 감액에 관한 주주제안이 있는 경우 감독이사회가 확정된 “보수최고액”을 “감액”할 수 있는 구속적인 결의를 할 수 있다(주식법 제87조 제4항).

주주총회가 승인한 보수체계는 즉시 회사의 인터넷 사이트에 공개하여야 하며, 최소한 10년간 무료로 접속이 가능하도록 하여야 한다(주식법 제120a조 제2항).

경영이사회 이사의 개별적인 보수체계는 주주총회에서 승인된 보수체계에 기초해서 확정하여야 한다. 회사의 장기적 이익을 위해서 필요하고⁸⁾ 보수체계를 따르지 않을 때 필요한 절차와 보수의 구성부분 중 따르지 않을 수 있는 부분을 명시한 경우 감독이사회는 잠정적으로 확정된 보수체계를 따르지 않을 수 있다(주식법 제87a조 제2항).

상장회사의 경우 감독이사회 보수에 대해서도 4년마다 주주총회의 승인을 받아야 하며, 승인결의에 포함되는 내용은 경영이사회 보수체계에 포함되는 내용(주식법 제87a조 제1항 제2문)과 동일하며(주식법 제113조 제3항), 경영이사회 보수체계와 마찬가지로 승인을 받은 보수의 내용을 공개할 의무가 있다(회사의 인터넷 사이트에 10년 간 무료로 접속이 가능하도록 공개, 주식법 제120a조 제2항).

(2) 보수보고서

상장회사의 경영이사회와 감독이사회는 매년 공동으로 평균적인 주주라면 분명하게 이해할 수 있도록 직전사업년도의 보수보고서를 제출하여야 하는데, 보고서에는 이사의 성명과 함께 개별적으로 이사에게 지급된 보수내역이 기재되어야 한다. 보고서에는 지급된 보수의 각 부분(변동보수, 고정보수)이 어떻게 회사의 장기적인 발전에 기여하였는지 설명하는 내용도 포함되어야 한다(주식법 제162조 제1항). 보수보고서는 외부감사인의 감사를 받아야 하며, 외부감사인은 감사의견을 보수보고서에 기재하여야 한다(주식법 제162조 제3항). 보수보고서와 보수보고서에 대한 감사의견은 회사의 인터넷 사이트에 10년간 공개하여 무료로 접속이 가능하도록 하여야 한다(주식법 제162조 제4항).

대규모 상장회사[독일 상법(HGB)제267조 제3항]의 경우 주주총회가 직전사업년도 보수보고서에 대한 승인결의를 하여야 하고(주식법 제120a조 제4항), 중·소 상장회사(독일 상법

6) 평균적인 정보를 제공 받았을 때 상황에 적합한 주의력과 이해력을 가진 주주가 기준이다.

7) BT-Drucks. 19/15153, 62.

8) 예컨대 회사의 위기나 금융 위기 시. BT-Drucks. 19/9739, 75.

제267조 제1항, 제2항)의 경우 직전사업년도 보수보고서가 독립된 의안으로 “설명을 위해서 주주총회에 제출된 경우” 주주총회의 승인결의는 필요하지 않다(주식법 제120a조 제5항).⁹⁾

2) 이해관계자거래(Related Party Transactions=RPT)

주식법 제111a조-111c조를 두어¹⁰⁾ 상장회사가 이해관계자(자연인, 법인)와 거래하는 경우 감독이사회의 동의를 받아야 하고, 거래내용은 수시공시 의무의 대상이 되도록 하였다. 이해관계자가 회사와 거래하는 경우 회사나 주주에게는 불리하나 자신에게 유리한 거래를 성사시킬 개연성이 높다는 인식을 전제로 한 규정들이다. 영국의 FCA(Financial Conduct Authority)가 제정한 상장규정(Listing Rules) LR 11.1을 차용한 것인데, 이미 존재하는 자본유지에 관한 주식법 제57조(출자환급금지, 출자에 대한 이자지급 금지)와 주식법 제62조(회사로부터 허용되지 않은 급부를 받은 주주의 반환책임), 주식법 제117조(회사에 대한 영향력을 행사하여 회사나 주주에게 손해를 야기한 자의 손해배상책임), 피지배회사의 이익 보호를 내용으로 하고 있는 콘체른에 관한 주식법 제291조 이하 규정과 중첩되는 점이 있으며, 일원적 이사회 구조를 가진 회사법제(예: 영국)에 적합한 규정이어서 이원적 이사회 구조를 가진 독일 주식법에는 이질적인 내용이라는 평가를 받고 있다.¹¹⁾

(1) 적용 요건

가. 이해관계자(Nahestehende Person, Related Party)

이해관계자(자연인과 회사)의 개념에 대해서는 주식법 제111a조 제1항 제2문이 적극적으로 규정을 하지 않고 주로 IAS(International Accounting Standard) 24, IFRS(International Financial Reporting Standards) 10, IFRS 11, IAS 28 등에 규정된, 상황에 따라 내용이 변경될 수 있는 정의를 참조(소위 동적 참조¹²⁾, dynamischer Verweis)하고 있다.

이해관계자인 회사는 IAS 24.9의 기준에 따르면 어떤 회사(회사의 종류를 묻지 아니함)가 특정회사(주식회사, 주식합자회사)를 지배하거나(예: 모자관계가 있는 경우) 특정회사를 공동으로 경영하는 경우(공동기업) 혹은 특정회사의 경영에 상당한 영향력을 미치는 경우(상당한 영향력 행사가 가능한 계열사) 또는 동일한 기업그룹에 속하는 경우(동일기업집단 내 회사)에 인정될 수 있다.¹³⁾ IAS 28.5의 기준에 따르면 직·간접적으로 특정회사에 대해 20% 이상¹⁴⁾

9) 소규모주식회사란 자산 60만 유로, 결산일 이전 12개월간 매출액 120만 유로, 연평균 근로자 수 50인이란 요건 중 1개만 충족시킨 회사이고, 중규모주식회사는 전술한 3가지 요건 중 2개를 충족하고, 자산 2,000만 유로, 결산일 이전 12개월간 매출액 4,000만 유로, 연평균 근로자 수 250인이란 요건 중 1가지를 충족시킨 회사이며, 대규모주식회사는 전술한 요건 중 2가지를 충족시킨 회사이다(독일 상법 제267조 제1항, 제2항, 제3항).

10) 유럽연합 제2차 주주권지침 제9c조(Art. 9c)를 반영한 것으로 영국의 FCA(Financial Conduct Authority)가 제정한 상장규정(Listing Rules) 중 LR 11.1을 도입한 것이다.

11) Stöber, DSStR 2020, 396.

12) 특정시점의 확정된 내용의 법규정을 참조하는 정적 참조(statischer Verweis)와는 달리 향후 변경까지 포함하는 현재 버전의 법규정(특히 상황변경에 영향을 많이 받는 법규정)을 참조하는 것을 동적 참조라 한다.

의 의결권을 가지는 경우 영향력 행사가 가능한 것으로 추정되어 이해관계자로 추정되며, 재무정책이나 영업정책에 대한 영향력 행사가 사실상·법률상 불가능함을 입증하면(예컨대 지배계약이 체결되어 있는 경우, 다른 회사가 상대적으로 더 많은 지분참가를 하고 있거나 과반수 이상 지분참가하고 있는 경우) 이러한 추정이 반복되어 이해관계자로 인정되지 않을 수 있다. 다만, 영향력은 실제 행사될 필요는 없고 영향력 행사가능성만 있으면 이해관계자 인정에 충분하다. 반대로 특정 회사에 대해 직·간접적으로 20% 미만의 의결권을 가지고 있는 경우에는 영향력 행사가능성이 없는 것으로 추정된다.¹⁵⁾

이해관계자인 자연인은 상술한 이해관계자인 회사로 인정되는 기준 중 특정회사를 지배하거나 공동으로 경영하는 혹은 특정회사에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 주주인 경우 인정된다.

이외에 고용관계나 기관적 지위에서 이해관계자로 인정될 수 있다.¹⁶⁾ IAS 24.9에 따르면 회사나 모회사의 이사와 같은 회사내 핵심적 지위(Key Position)를 가지고 있는 자와 이사 이하의 지위를 가지고 있으나 회사에서 핵심적 역할을 수행하는 자(Key management personnel)는 이해관계자로 인정된다.¹⁷⁾

이들 이해관계자(상당한 지분을 가진 주주나 이사 등 소위 제1차적 이해관계자)와 가까운 가족관계에 있는 자도 이해관계자(제2차적 이해관계자)로 인정된다. 예컨대 제1차적 이해관계자의 자녀와 배우자, 제1차적 이해관계자와 사실혼 혹은 동성혼 관계에 있는 자(Lebenspartner), 제1차적 이해관계자의 배우자의 자녀, 기타 제1차적 이해관계자의 부양가족(unterhaltsberechtigzte Personen, dependents; 예컨대 제1차적 이해관계자의 부모와 형제자매), 1차적 이해관계자의 배우자나 1차적 이해관계자와 사실혼 혹은 동성혼 관계에 있는 자의 부양가족 등도 이해관계자에 포함된다.¹⁸⁾

반면, IAS 24.11 (c)에 따르면 회사와 통상적 관계를 가지고 있는 자본제공자(특히 채권자), 노동조합, 공공서비스기관, 행정관청, 공공기관은 설사 회사의 의사결정에 영향을 미칠 수 있더라도 이해관계자로 보지 않는다.¹⁹⁾

이해관계 여부는 법형식적 관계만을 기준으로 판단할 것이 아니라 IAS 24.10에 따라 경제적 개념을 기준으로 판단할 필요가 있다(Substance over Form Principle). 따라서 거래 시 경제적 관점에서 보아 이해관계자에 상응하는 잠재적 영향력을 사실상 가지고 있었다면 형식

13) 이해관계를 인정할 수 있는 이런 기준을 충칭하여 회사법적 결합(gesellschaftsrechtliche Verbindung)이라고 한다.

14) 지배·종속회사로 추정하는 판단 기준인 주식법 제17조 제2항의 과반수 이상 지분참가보다는 기준이 매우 낮다.

15) BT-Drucks. 19/9739, 80.

16) 이런 기준을 고용계약상 혹은 기관지위상 결합(dienstvertragliche bzw. organschaftliche Verbindung)이라고 한다.

17) BeckOGK/Spindler/Seidel, 1.7.2020, AktG § 111a Rn. 18.

18) 이러한 자연인인 이해관계자와의 거래를 회화화 sweetheart deal이라 표현한다. 이렇게 넓은 인적 적용범위(이해관계자인 자연인의 범위)는 추가적으로 요구되는 비교적 높은 거래규모(자산의 1.5% 이상)에 의해 그 적용범위가 제한된다. 2017년 기준 독일에서 자연인인 이해관계자와 회사의 거래 중 100만 유로 이상인 거래는 13건, 1천만 유로 이상의 거래는 6건에 불과하였다. Florstedt, ZHR 184(2020), 16.

19) 다만 이들이 회사에 대해 사실상 사원과 유사한 영향력을 행사하는 경우, 예컨대 채권자가 회사에 대한 광범위한 영향력을 가지고 있어서 IAS 24.9의 회사에 대한 사실상 통제로 볼 수 있는 경우에는 예외적으로 이해관계자로 볼 수 있다. BeckOGK/Spindler/Seidel, 1.7.2020, AktG § 111a Rn. 19.

적 기준에 의할 때 이해관계가 없었더라도 이해관계자로 인정된다.²⁰⁾ 또한 이해관계 여부를 반드시 거래시점만을 기준으로 판단할 것이 아니라 거래시점 전·후에 미치는 이해관계의 영향을 고려하여 판단하여야 한다. 거래시점과 비교적 가까운 거래 전 혹은 거래 후에 상술한 이해관계가 있었다면 비록 거래시점에서는 형식적으로 상술한 이해관계가 없어도 이해관계자로 인정된다.²¹⁾

나. 거래(Geschäft, Transaction)

감독이사회가 승인을 요하는 거래는 특정 대상이나 재산적 가치를 유상 혹은 무상으로 양도하거나 사용을 위해 이전하는 회사에 잠재적으로 불이익을 가져올 수 있는 모든 거래를 의미하고 넓게 해석하여야 한다.²²⁾ 채권행위(채무부담행위)와 그 이행행위인 물권행위(처분행위) 모두 포함되며(주식법 제111a조 제1항 제1문)²³⁾, 일방적 법률행위(예: 취소, 해제·해지, 상계, Option 행사 등)도 거래에 포함된다. 부작위 자체는 거래에 포함되지 않으나(주식법 제111a조 제1항 제3문) 부작위 의무를 발생시키는 계약은 거래에 포함된다. 법률행위가 아니라도 회사의 재산이나 이익 상황에 영향을 미치는, 행위(Maßnahmen)도(예: 공장이전, 생산변경, 투자, 조업중단 등)도 거래에 포함된다.²⁴⁾

통상적인 업무로서(im ordentlichen Geschäftsgang, in the ordinary course of business) 시장의 일반적 거래조건(zu marktüblichen Bedingungen, on normal market terms)에 따라 이루어지는 거래는 이해관계자와의 거래에 포함되지 않는다(주식법 제111a조 제2항 제1문²⁵⁾). 통상적 업무란 전형적이고 그 내용과 범위로 보아 통상적이며 반복되는 일상적 거래행위를 말한다. 시장의 일반적 거래조건으로 이루어진 거래인지 여부는 같은 조건으로 독립적인 제3자와 거래가 이루어졌는지 여부로 판단한다.²⁶⁾

주식법 제111a조 제3항은 이해관계자 ‘거래’로 인정되지 않는 6가지 거래를 규정하고 있는데(Negativekatalog), 이 경우에는 이익이 침해될 가능성이 있는 소수주주 보호가 불필요하거나 소수주주 보호가 다른 방법으로 이루어지고 있기 때문이다.²⁷⁾ 완전자회사를 포함한

20) BT-Drucks. 19/9739, 80.

21) BeckOGK/Spindler/Seidel, 1.7.2020, AktG § 111a Rn. 20; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 111a Rn. 9.

22) 독일 상법(HGB) 제285조 제21호에 따르면 채무상대표와 손익계산서의 부록에 이해관계자와의 거래를 기재할 의무가 있는데, 이 규정에서 거래는 넓게 해석하는데 주식법 제111a조의 거래를 해석할 때 참조가 된다. 또한 사실상 코체른에서 중속기업에 불리한 거래를 하는 경우를 규율하고 있는 주식법 제311조 제1항의 거래와 관련하여 나온 다수의 판례도 참조할 수 있다. BeckOGK/Spindler/Seidel, 1.7.2020, AktG § 111a Rn. 7.

23) 다만, 감독이사회 승인과 관련해 보면 채권행위에 대해서만 감독이사회 승인이 있으면 되고 채권행위의 내용으로서 그 이행행위인 물권행위에 대해 다시 승인을 반복할 필요가 없다. 마찬가지로 계속적 계약관계에 기해 다수의 이행행위가 이루어지는 경우 계속적 계약에 대한 승인만으로 족하다. 승인받은 거래의 내용에 대한 중요하지 않은 변경은 다시 동의를 받을 필요가 없다. Grigoleit/Grigoleit, 2. Aufl. 2020, AktG § 111a Rn. 28-29; BeckOGK/Spindler/Seidel, 1.7.2020, AktG § 111a Rn. 11-12.

24) BeckOGK/Spindler/Seidel, 1.7.2020, AktG § 111a Rn. 7-13; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 111a Rn. 3.

25) 정관 규정(opt-in)으로 이러한 거래도 이해관계자의 거래로 포함시켜 감독이사회 승인이 필요한 것으로 할 수 있다(주식법 제111a조 제2항 제3문).

26) BT-Drucks. 19/9739, 81; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 111a Rn. 10-12.

27) BT-Drucks. 19/9739, 81.

특정 요건을 충족한 자회사와²⁸⁾ 이루어지는 거래(제1호), 주주총회의 승인이나 수권이 필요한 거래 혹은 주주총회의 승인이나 수권에 따라 이루어지는 거래(제2호, 제3호), 주식법 제113조 제3항 혹은 제87a조 제2항에 따라 회사가 지급하여야 하는 경영이사회 및 감독이사회 이사의 보수와 관련된 거래(제4호), 금융기관의 안정을 위해 관계기관이 요구하거나 승인한 금융기관의 거래(제5호), 모든 주주에게 동일한 조건으로 제공되는 거래(제6호)는 이해관계자 거래에서 제외된다.

다. 감독이사회(위원회)의 승인

회사와 이해관계자 사이의 거래규모가 혹은 당해거래와 영업연도 내 이루어진, 이전의 모든 거래를 합산(aggregation)한 거래규모가 회사의 직전사업년도의 재무상태표상(회사가 모회사인 경우에는 연결재무상태표상) 자산(고정자산+유동자산)의 1.5% 이상(법률 초안에는 2.5%이상)인 경우에는 감독이사회 혹은 감독이사회 산하의 특별위원회(주식법 제107조 제3항 제4문-제6문)의 사전 승인(vorherige Zustimmung)을 받아야 한다(주식법 제111b조 제1항).

감독이사회 이사가 이해관계자로서 회사와의 거래에 스스로 참가한 경우(당사자가 된 경우) 혹은 감독이사회 이사의 이해관계자에 대한 특별한 관계로 인해 이해충돌 우려가 있으면 감독이사회 당해이사는 승인결의에서 의결권을 행사할 수 없다. 감독이사회 이사의 특별한 관계란 이해관계자에 대한 거래상, 재무적 혹은 개인적 관계로 인해 이해력이 있는 객관적인 제3자의 시각에서 보면 감독이사회 이사의 판단에 영향을 미칠 수 있는 관계를 의미한다.²⁹⁾

감독이사회(위원회)가 승인을 거절하면 경영이사회는 주주총회의 승인을 요구할 수 있는데(주식법 제111b조 제4항 제1문, 주주총회의 보충적 승인권) 거래에 참가한 이해관계자인 주주는 주주총회에서 의결권을 행사하지 못한다(주식법 제111b조 제4항 제2문).

감독이사회(위원회)의 승인 없이 이루어진 이해관계자와의 거래라도 원칙적으로 무효로 되지는 않고, 주의의무위반으로 인한 경영이사회 이사의 회사에 대한 손해배상책임(주식법 제93조 제2항)이 발생할 뿐이다.³⁰⁾

의결권행사가 금지되어 있음에도 불구하고 이해관계자(감독이사회 이사 혹은 주주)가 감독이사회 혹은 주주총회의 승인절차에서 의결권을 행사한 경우도 거래 자체는 원칙적으로 무효가 되지 않고 주의의무위반으로 인한 감독이사회 이사의 회사에 대한 손해배상책임(주식법 제116조 제1항, 제93조 제2항)이 발생할 뿐이다.³¹⁾ 다만, 거래상대방이 필요한 승인이 흠결

28) 이해관계자의 지분참여가 없는 자회사와 유럽연합 다른 회원국에 영업소를 가지고 있고 그 회원국의 거래소에서 주식이 거래되고 있는 자회사.

29) Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 111b Rn. 10; Stöber, “Neuerungen im Aktienrecht durch das ARUG II”, DStR 2020, 397.

30) Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 111b Rn. 10; BeckOGK/Spindler/Seidel, 1.7.2020, AktG § 111b Rn. 31.

31) BT-Drucks. 19/9739, 84; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 111b Rn. 10; BeckOGK/Spindler/Seidel, 1.7.2020, AktG § 111b Rn. 32; Stöber, DStR 2020, 397; Tarde, “Geschäfte mit nahestehenden Personen nach dem ARUG II-Regierungsentwurf”, NZG 2019, 493. 이들 견해는 넓은 이해관계자와 거래의 개념, 승인을 요하는 거래 규모 혹은 합산 거래 규모에 대한 평가와 관련된 불확실성을 고려하면 대외적 법률관계에 영향을 미치지 않는 것으로 보는 것(무효로 보지 않은 것)이 타당하다

되었음을 알았거나 거래당사자(회사의 대표이사와 거래상대방)가 통모(Kollusion)하여³²⁾ 승인 없이 거래를 한 경우에는 무권대표행위가 되어 유통적 무효상태가 된다(대표권 제한에 관한 주식법 제82조의 해석).³³⁾

라. 공시의무

주식법 제111c조 제1항은 주식법 제111b조 제1항에 따라 감독이사회나 주주총회의 승인이 필요한 이해관계자와의 거래를 즉시 공시할 의무를 규정하고 있다. 감독이사회나 주주총회의 승인만으로는 소수주주의 보호장치로서 충분하지 않다고 보아 공시의무를 보호수단으로 추가하였다.

공시 대상은 회사와 이해관계자가 아닌 주주의 시각에서 당해 거래가 적정한지 판단하기 위해 필요한 모든 중요한 정보인데, 회사와 이해관계자 사이에 있는 관계의 종류, 이해관계자의 성명, 거래 일자와 거래 금액 등이다. 공시 시점은 거래가 완료된 시점이나 일반적으로 감독이사회나 주주총회의 승인 후 공시가 이루어진다. 공시는 공시정보에 공중이 쉽게 접근할 수 있는 방법으로 이루어져야 하는데, 증권거래공시령(Wertpapierhandelsanzeigeverordnung=WpAV) 제3a조(정보공개방법) 제1항-제4항이 정한 방법으로 공시하여야 한다(주식법 제111c조 제2항 제5문). 공시 대상은 회사의 인터넷 사이트에도 최소한 5년간 공시하여야 한다(주식법 제111c조 제2항 제5문).

공시의무를 위반하여도 거래의 효력에는 영향이 없고, 경영이사회 이사는 주의의무위반을 이유로 회사에 대한 손해배상책임을 부담하거나 과징금(최대 50만 유로) 처분을 받는다(주식법 제405조 제IIa항 제6호 제4목).

3) 주주에 관한 정보 정보청구권과 주주에 대한 정보전달 의무

(1) 주주에 관한 정보청구권

상장회사는 주식을 보관하고 있는 보관기관(Intermediäre)에 대해 주주의 특정(Identifikation)에 필요한 정보, 즉 보관기관 자체에 대한 정보와 더불어 주주의 성명과 주소(이메일 주소), 보관하고 있는 주식의 수와 종류, 주식을 보관하기 시작한 날짜, 최종보관기

는 논거를 제시한다. 무효로 보지 않으면 이해관계자와의 거래에 관한 규정의 실효성이 없게 된다고 보는 비판적 견해는 Tröger/Roth/Strenger, “Effektiver Aktionärsschutz bei Related Party Transactions: wider die “weiße Salbe” des ARUG II-Referentenentwurfs“, BB 2018, 2952. 의결권행사가 금지된 이해관계자인 주주가 승인을 위한 주주총회에서 의결권을 행사한 경우 독일 민법 제826조(도의에 반하는 고의적 가해행위)의 요건이 충족되면 회사에 대한 손해배상책임을 지고, 경영이사회 이사가 주의의무를 위반하여 의결권이 배제된 주주의 의결권행사를 허용한 경우 회사에 대해 손해배상책임을 진다(주식법 제93조 제2항). 감독이사회나 주주총회의 승인없이 이해관계자와 거래를 한 경우 경영이사회 이사는 형사상으로는 배임죄가 될 수 있다.

32) 대표이사와 거래상대방이 의식적·의도적으로 회사의 불이익을 위해 공동으로 행위한 경우에 인정된다. Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 82 Rn. 6.

33) Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 111b Rn. 10.

관이 아니면 순차적으로 개입된 그 다음의 보관기관 등에 관한 정보를 청구할 수 있다(주식법 제67d조, know your shareholder)³⁴. 비상장회사도 정관 규정을 통해 주주에 대한 정보를 청구할 수 있는 권리를 도입할 수 있다. 이는 회사가 주주와 직접 소통하여 주주의 주주권 행사와 회사에 대한 영향력 행사를 용이하게 하기 위해서 도입하였다.

주주명부상 주주명의 말소와 등재는 주식법 제67d조 제4항에 따라 회사가 청구하여 보관기관으로부터 전달 받은 정보를 기초로 이루어질 수 있으며, 주주명부에는 우편 주소(이메일 주소)가 기재되어야 하므로 회사는 이러한 정보도 보관기관에 청구할 수 있다.

(2) 주주에 대한 정보전달 의무

유럽연합 제2차 주주권지침 제3b조를 전환한 주식법 제67a조-제67c조에 의해 회사와 주식보관기관(Intermediäre)은 회사 이벤트(Unternehmensereignisse, corporate events)와 관련된 정보를 주주에게 전달할 의무가 있다. 이러한 의무를 규정한 이유는 일련의 주식보관기관을 따라서 회사 이벤트에 관한 정보가 주주에게 전달됨으로 인해 주주권 행사가 용이해질 수 있기 때문이다. 회사 이벤트란 회사나 제3자가 취한 특정 조치가 주주권행사에 관련된 내용을 담고 있는 경우를 말한다. 이익배당, 주주총회소집, 합병비율, 신주인수권, 전환권 등이 회사 이벤트의 예이다.

회사 이벤트에 관한 정보는 주식보관기관에 전달되어야 하고, 중간보관기관은 전달받은 정보를 주식의 최종보관기관까지 다시 전달하여야 하며, 최종보관기관은 관련 정보를 주주에게 전달하여야 한다(주식법 제67b조). 정보 전달은 전자적 방법에 의한다.

최종보관기관은 자신이 주주로부터 취득한 주주권행사와 관련성이 있는 정보를 직접 회사에 전달하거나 혹은 자신 앞에 있는 중간보관기관에 전달하여야 한다(주식법 제67c조, 역방향의 정보전달).

4) 기관투자자, 자산운용업자, 의결권자문기관의 정보공개 의무(투명성 제고)

영국의 FRC(Financial Reporting Council)가 제정한 Stewardship Code 2012의 내용을 차용한 유럽연합 제2차 주주권지침 제3g-3j의 내용을 독일 국내법으로 전환하였는데(주식법 제134b조-134d조), 유럽연합 회원국에서 인가를 받은 기관투자자, 자산운용업자, 의결권자문기관이 정규시장에서 거래는 되는 주식과 관련된 영업활동을 하는 경우 이들에게 다양한 정보공개의무를 부과하고 있다.

(1) 기관투자자와 자산운용업자의 정보공개 의무

수동성을 특징으로 하는³⁵ 기관투자자와 자산운용업자에게 정보공개의무를 부과하면 이들

34) 유럽연합 제2차 주주권지침 제3a조를 독일법으로 전환한 것이며 권리이지 의무는 아니다.

35) Tröger, ZGR 2019, 133 ff.

이 투자전략과 회사운영에 관해 더 많은 투명성을 확보하려는 노력을 기울이게 된다는 인식을 전제로 아래와 같이 다양한 정보공개의무를 규정하고 있다. 다양한 정보공개의무는 기관투자자와 자산운용업자에 대한 보다 개선된 통제 가능성을 투자자(최종수익자)에게 제공하고 투자전략과 회사운영에 투자자의 이익이 더 많이 반영되도록 하는 효과가 있다고 본다.

기관투자자와 자산운용업자는 투자하고 있는 회사(Portfoliogesellschaften)에 대한 정책(투자전략에 따른 주주권행사, 회사의 중요한 사안에 대한 감독, 투자대상인 회사의 경영진 및 이해관계자와 의견교환, 다른 주주와의 협력, 이해충돌 관리 등)을 공시할 의무가 있고(주식법 제134b조 제1항), 매년 이러한 정책의 집행내역에 관해 보고하여야 하는데, 보고에는 의결권행사내역, 중요한 의결권행사 및 의결권자문기관의 활용에 관한 일반적인 설명이 포함되어야 한다(주식법 제134b조 제2항).

기관투자자와 자산운용업자는 의안의 성격이나 지분참가 비중으로 인해 의결권행사의 의미가 경미한 경우가 아니라면 의결권행사내역을 공시하여야 한다(주식법 제134b조 제3항).

상술한 이러한 의무를 전부 또는 일부 이행하지 못한 기관투자자와 자산운용업자는 그 이유를 설명하여야 한다(제134b조 제4항, comply or explain). 상술한 의무와 관련된 정보는 3년 이상 기관투자자와 자산운용업자의 인터넷 사이트에 게시하여야 하고, 매년 정보를 업데이트 하여야 한다(주식법 제134b조 제4항).

기관투자자는 투자전략의 주요부분이 투자자(고객)에 대해 자신이 약정한 투자 프로파일이나 투자 기간에 부합하는지 여부와 투자전략이 어떻게 중·장기적으로 자산가치의 증가에 기여하는지를 공시하여야 한다(주식법 제134c조 제1항).

자산운용업자가 기관투자자를 위하여 대신 투자를 하는 경우 기관투자자는 어떻게 자산운용업자가 투자전략과 투자결정을 기관투자자 자신의 고객에 대한 약정인 투자 프로파일 및 투자 기간과 부합하도록 하는지를 설명하는, 자산운용업자와의 약정을 공개하여야 한다(주식법 제134c조 제2항).

기관투자자는 상술한 의무와 관련된 정보를 연방관보나 자신의 인터넷 홈페이지에 3년 이상 공개하여야 하고³⁶⁾ 매년 정보를 업데이트를 하여야 한다(주식법 제134c조 제3항). 자산운용업자가 기관투자자를 위하여 투자하는 경우에는 상술한 의무와 관련된 정보가 담긴 보고를 기관투자자에 대해서 하여야 한다(주식법 제134c조 제4항).

(2) 의결권자문기관과 관련한 투명성강화

가. 입법취지

의결권자문기관(Stimmrechtsberater, proxy advisor)의 등장은 독일에서는 비교적 최근의 일이지만 영향력이 막강하다. 독일 대규모상장회사로 구성된 독일증권거래소 지수인 DAX 30에 속하는 회사의 상당한 지분을 외국계 기관투자자가 보유하고 있는데³⁷⁾, 이들은 의결권

36) 정보는 자산운용업자의 인터넷 사이트나 무료로 접근이 가능한 제3자의 인터넷 사이트에 공개하는 것도 가능하고, 이 경우 정보가 담겨있는 인터넷 사이트를 알려주는 것도 충분하다(주식법 제134c조 제3항 제2문).

행사 시 대부분 의결권자문기관, 특히 자문시장을 지배하고 있는 ISS(Institutional Shareholder Services)나 Glass Lewis의 추천을 따른다. 의결권자문기관은 기관투자자(주주)와 기관투자자의 행동에 영향을 받는 기타 주주의 의결권행사에 중대한 영향을 미치므로³⁸⁾ 의결권자문기관의 전문성과 신뢰성에 대해서 투자자가 객관적인 판단할 수 있도록 투명성과 관련된 의무를 부과하고 있다.

나. 행위준칙 준수 여부 설명의무

의결권자문기관은 매년 행위준칙(Verhaltenskodex, code of conduct)이 구체적으로 정하고 있는 요구사항을 준수하였거나 혹은 현재 준수하고 있는지 혹은 행위준칙상 어떤 요구사항을 준수하지 않았거나 혹은 현재 준수하지 못하는 대신에 어떤 대책을 취하였는지 설명하여야 하고, 행위준칙 자체를 준수하지 못한 경우에는 그 이유를 설명하여야 한다(주식법 제134d조 제1항, comply or explain).

주식법 제161조의 독일 기업지배구조 준칙(Deutscher Corporate Governance Kodex)처럼 법령상 준수해야 하는 행위준칙은 없고 의결권자문기관이 선택하거나 스스로 만든 행위준칙이어도 무방하며, 복수의 행위준칙을 활용하여도 된다.³⁹⁾ 다만, 투명성 목표를 달성하기 위해 행위준칙은 쉽게 특정과 검색이 가능하여야 한다.⁴⁰⁾

행위준칙을 활용할 법적 의무는 없고 다만, 행위준칙을 활용하지 않거나 혹은 행위준칙 일부를 준수하지 않는 경우에만 의결권자문기관은 그 이유를 설명할 의무가 있다.⁴¹⁾ 행위준칙 준수와 관련된 정보는 의결권자문기관의 인터넷 사이트에 3년 이상 공개하여야 하고, 매년 정보를 업데이트하여야 한다(주식법 제134d조 제3항).

37) DAX 30 소속 회사의 지분 54%를 외국계 기관투자자와 자산운용업자가 보유하고 있고, 이들 중 약 80%가 의결권자문기관의 서비스를 이용하고 있어서 결과적으로 의결권자문기관은 DAX 30 소속 회사 전체 의결권의 43%에 영향을 미칠 수 있고, 일반주주의 주주총회 참석률이 낮을 경우 영향력을 미칠 수 있는 의결권의 비율은 훨씬 높아지게 되고 경우에 따라서는 영향력을 미칠 수 있는 의결권의 비율이 과반수를 넘을 수도 있다. Schockenhoff/Nußbaum, "Die neuen Transparenzvorschriften für Stimmrechtsberater", ZGR 2019, 164 f.

38) 의결권자문기관의 영향은 자문을 받은 기관투자자의 주주총회에서의 의결권행사에만 제한되는 것이 아니라 갈등(경쟁)이 예견되는 주주총회 개최 전에 의결권행사 방향에 관한 추천을 하게 되고 이러한 추천은 경제신문이나 관련 매체에서 크게 보도하기 때문에 다른 주주와 경영진의 행동에 영향을 미친다. 실제로 의결권자문기관이 경영진이 상정한 주주총회 안건에 대해 반대표를 행사할 것을 추천하여 경영진이 안건의 내용을 변경하는 사례가 일어나고 있다(TUI/Zetsche 사건, Schockenhoff/Nußbaum, ZGR 2019, 173). 의결권자문기관의 막강한 영향력을 규제하기 위한 수단으로는 경쟁법상 방안, 투명성강화, 절차적 요건 강화, 부정확하거나 손해를 야기하는 의결권행사 추천에 대한 책임 부과, 부분적인 서비스 금지(이해충돌을 방지하기 위해 의결권행사에 관한 자문과 지배구조에 관한 자문을 동시에 하는 것 금지) 등이 제안되고 있는데 ARUG II는 투명성강화라는 수단을 채택하였다. Schockenhoff/Nußbaum, ZGR 2019, 165 f.

39) 대표적으로 ESMA의 Initiative에 기초해 산업계의 워킹 그룹에 의해 만들어진 Best Practice Principles for Shareholder Voting Research & Analysis가 행위준칙으로 활용될 수 있는데 현재 시장을 주도하고 있는 ISS와 Glass Lewis가 이를 활용하고 있다. ISS는 스스로 만든, 더욱 상세한 내용을 가진 행위준칙인 Code of Ethics도 활용한다.

40) BT-Drucks. 19/9739, 105.

41) Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 5; Grigoleit/Splinter, 2. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 4. 복수의 행위준칙을 활용하는 경우라도 주식법 제134d조 제1항의 설명의무는 1회로 족하다. Grigoleit/Splinter, 2. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 5.

다. 공시의무

의결권자문기관은 특정 사항을 매년 공시할 의무가 있는데(주식법 제134d조 제2항), 공시의무는 행위준칙 준수와는 달리 준수하지 않아도 되는 의무가 아니며 따라서 준수하지 않는 경우 그 이유를 설명하는 것이 허용되는(comply or explain) 의무도 아니다. 이러한 공시의무는 의결권자문기관의 전문성과 신뢰성에 대한 적절한 정보가 고객에게 제공되도록 하기 위한 것이다.⁴²⁾

공시대상은 영업비밀을 제외한, 의결권 자문업무를 위해 사용한 방법(업무를 수행하는 임직원의 요건, 발행회사의 특징 반영, 고객의 수요에 부합하는 추천 조정 등)과 모델(형식적인 판단 패턴, 예컨대 보수구조 검토 시 판단 패턴)의 중요한 특징과 주요정보원(제1호), 자문의 질을 확보하고 잠재적인 이해충돌을 방지하기 위한 절차(제2호), 의결권자문에 참여한 임직원의 자격(제3호), 개별국가의 시장여건, 법률상 혹은 규제상 여건 또는 회사 특유의 여건을 반영하는 방법(제4호), 개별시장에서 추구하는 의결권정책의 주요특징(제5호), 발행회사 및 발행회사의 이해관계자(Interessenträger, stakeholder)와의 대화 방법 및 대화 빈도(제6호)⁴³⁾ 등이다.

공시대상에 관한 정보는 의결권자문기관의 인터넷 사이트에 3년 이상 공개를 하여야 하며, 매년 업데이트를 하여야 한다(주식법 제134d조 제3항).

라. 이해충돌 통지의무

의결권자문기관은 고객(기관투자자, 자산운용업자, 발행회사)에게 현재 발생한 혹은 잠재적으로 발생가능성이 있는 이해충돌상황과 이해충돌을 해소하기 위한 대책을 지체없이 통지하여야 한다(주식법 제134d조 제4항). 이해충돌은 특히 의결권자문기관이 한편으로는 발행회사에 대한 투자자(기관투자자나 자산운용업자)를 위해 의결권과 관련된 자문을 하고 다른 한편으로 발행회사에 대해서는 지배구조와 관련된 자문을 하는 경우 발생하게 된다.⁴⁴⁾ 의결권자문기관에 지분참가를 한 재무적 투자자가 특별한 개인적 목표를 위해 객관적이어야 할 의결권자문기관의 추천에 영향력을 행사하는 경우에도⁴⁵⁾ 이해충돌이 발생한다. 이해충돌을 해소하기 위한 대책에는 현재의 혹은 잠재적인 이해충돌을 제거, 완화 혹은 관리 하는 모든 조치가 포함된다.⁴⁶⁾

이해충돌상황에 있는 의결권자문기관이라도 업무가 금지되는 것은 아니고 이해충돌 및 그에 관한 대책을 공개하도록 함으로써 투명성을 제고하여 시장의 통제를 받게하는 방식을 채

42) BT-Drucks. 19/9739, 106.

43) 이해관계자의 개념이 매우 넓기 때문에 중요한 대화만 공시대상으로 보아야 한다. Grigoleit/Splinter, 2. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 11.

44) Grigoleit/Splinter, 2. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 14.

45) Schockenhoff/Nußbaum, ZGR 2019, 170.

46) BT-Drucks. 19/9739, 103. 주식법 제135조 제2항 제2문, 제8항은 이해충돌을 해소하기 위해 부담해야 하는 의결권자문기관의 조직적 의무를 규정하고 있다.

택하고 있다.⁴⁷⁾

마. 위반 시 법적 효과

의결권자문기관이 상술한 의무를 위반한 경우(의무를 이행하지 않거나 의무의 하자 있는 이행이 있는 경우) 형사처벌 대상은 아니고 질서위반(Ordnungswidrigkeit)으로 인한 과징금(Bußgeld)처분을 받게 된다(주식법 제405조 제2a항 제10호, 제11호).

상술한 의무를 위반한 의결권자문기관은 계약관계에 있는 고객(기관투자자가, 자산운용업자)에 대해서는 독일 민법 제675조(유상의 사무관리계약), 제280조(의무위반으로 인한 채무자의 손해배상책임)에 기해 손해배상책임을 부담하나⁴⁸⁾, 인과관계가 있는 손해의 입증이 불가능한 경우 많아 실질적으로 손해배상책임을 물을 수 있는 경우는 많지 않다.⁴⁹⁾ 고객이 아닌 일반 투자자(발행회사의 주주)에 대해서는 독일 민법 제826조(도의에 반하는 고의적 가해행위)에 해당하는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 의결권자문기관은 손해배상책임을 부담하지 않는다.⁵⁰⁾

상술한 의무를 위반하여 의결권자문기관이 의결권행사와 관련된 추천을 한 경우 설립되어 운영되고 있는 발행회사의 영업에 관한 권리(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) 침해로 인해(독일 민법 제823조 제1항) 혹은 도의에 반하는 고의적 가해행위(독일 민법 제826조)로 인해 회사에 대한 손해배상책임을 발생할 수 있으나 양자 모두 엄격한 요건이 충족되어야 하므로 사실상 손해배상책임을 묻기는 어렵다.⁵¹⁾

의결권행사와 관련하여 하자있는 자문을 하였더라도 발행회사의 주주총회결의에는 영향을 미치지 않는다(취소사유가 아님). 자문은 자문을 받는 주주(기관투자자, 자산운용업자)와 의결권자문기관의 내부관계에만 관련되기 때문에 대외관계인 주주총회결의에는 영향을 미치지 아니한다.⁵²⁾

2. COVID-19법(Covid-19 Gesetz)으로 인한 가상주주총회

1) 입법 개요

47) Schockenhoff/Nußbaum, ZGR 2019, 181.

48) Grigoleit/Splinter, 2. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 15; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 9. 주식법 제135조 제8항은 의결권자문기관이 계약상 손해배상책임을 부담한다는 것을 전제로 한 규정이며, 이 규정은 특히 주식법 제135조 제1항에서 6항까지의 이해충돌을 방지하기 위한 조직적 의무를 이행하지 않은 경우에 사전에 손해배상책임을 면제하거나 제한하는 약정은 무효로 보고 있다.

49) Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 9.

50) Koch, “Der Kapitalanleger als Corporate Governance-Akteur im Rahmen der neuen §§ AKTG § 134 a ff. AktG“, BKR 2020, 8.

51) 주식법 제134d조는 투자자(주주) 보호를 위한 규정이지 개별 발행회사를 보호하기 위한 규정이 아니어서 보호법규 위반으로 인한 손해배상책임(독일 민법 제823조 제2항)을 물을 수 없고, 고객(기관투자자, 자산운용업자)은 의결권자문계약의 보호범위 안에 발행회사를 포함시킬만한 특별한 이해관계가 없어 제3자 보호효과가 있는 계약상 책임도 발생하지 않는다. Grigoleit/Splinter, 2. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 15-16.

52) BT-Drucks. 19/9739, 106 f.; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 134d Rn. 9.

COVID-19의 광범위한 확산이라는 예기치 못한 상황의 출현과 엄격한 방역조치로 인한 집합금지로 인해 물리적 주주총회 개최가 어렵게 되자 주식법상 그간 사실상 허용되지 않던 주주(주주의 대리인)의 현장 참석이 전혀 없는 완전한 가상주주총회가 2020.3.27. 제정된 COVID-19법에 의해 가능하게 되었다.⁵³⁾

가상주주총회는 현행 주식법상로는 주주 전원의 동의를 있어야만 가능한데⁵⁴⁾ COVID-19법에 의해 주주 전원의 동의가 없더라도(주주의 의사에 반해서도) 감독이사회의 승인만을 받아 경영이사회가 개최를 결정할 수 있다(COVID-19법 Art. 2 제1조 제2항).⁵⁵⁾

가상주주총회가 아닌 물리적 주주총회라도 방역대책의 일환으로 현장 참석 주주를 가능한 줄이기 위해서 경영이사회는 현행 주식법상 요구되는 정관이나 주주총회 회의규칙에 의한 수권이 없어도 주주의 온라인 참가(주식법 제118조 제1항 제2문), 전자적 서면투표(주식법 제118조 제2항), 화상과 음성을 통한 주주총회의 중계(주식법 제118조 제4항), 화상과 음성 송신 방식에 의한 감독이사회 이사의 주주총회출석(주식법 제118조 제3항 제2문) 등이 가능하다(COVID-19법 Art. 2 제1조 제1항).

COVID-19로 인해 주주총회가 예정된 시기 내 개최되는 것이 어려운 사정을 반영하여 회사의 사업연도 개시 후 8개월 이내에 주주총회가 개최되어야 한다는 규정(주식법 제175조 제1항 제2문)에 대한 예외를 인정하여 물리적 주주총회인지 가상주주총회인지 여부를 묻지 않고 사업연도 내(2020년 내)에만 개최하면 되는 것으로 허용하였다(COVID-19법 Art. 2 제1조 제5항).

COVID-19법 Art. 2 제7조 제1항에 따르면 동법은 우선 2020년말까지 상장 유무 및 정기주주총회와 임시주주총회 여부를 묻지 않고 한시적으로 적용되고, 연방 법무 및 소비자 보호부(BMJV) 장관의 행정명령에 의해 2021년말까지 연장될 수 있다.⁵⁶⁾

2) 가상주주총회

(1) 최소요건

Covid-19법 Art. 2 제1조 제2항 제1문에 의하면 아래의 4가지 요건이 충족되는 경우 주

53) BGBl. I 2020, 569. 2020.3.28.부터 발효되었고 주식회사 이외에 주식합자회사(KGaA), 유럽회사(SE), 상호보험회사(VVaG), 유한회사(GmbH)에 관한 규정도 있다.

54) Wicke, DStR 2020, 886.

55) 조사에 의하면 2020년 4월부터 2020년 9월까지 독일내 거래소에 상장된 326개의 회사가 주주의 현장 참석(물리적 참석)이 전혀 없는 가상주주총회를 개최하였다고 한다. Danwerth, "Die erste Saison der virtuellen Hauptversammlung börsennotierter Unternehmen-Eine empirische Untersuchung und Auswertung der Modalitäten und Gestaltungsvarianten aller 326 seit April 2020 bis zum 28.9.2020 veröffentlichten Einberufungen präsenzloser Versammlungen", AG 2020, 776 ff.

56) 전염병의 폭발적 확대라는 특수상황에 대응하기 위해 주식회사와 경영진의 주주총회 개최가능성에 관한 이해에 초점을 맞추었기 때문에 주주의 권리에 대한 적지 않은 제한(예컨대 발언권과 주주제안권의 제한)을 수반한 법률이어서 가상주주총회를 위한 이상적인 모델법으로 보기는 어렵다는 평가는 BeckOGK/Hoffmann, 1.7.2018, AktG § 118 Rn. 81.

주의 현장 출석이 전혀 없는 완전한(순수한) 가상주주총회를 개최할 수 있다. ① 총회의 전과정이 화상과 음성에 의해 전송, ② 전자적 통신수단에 의한 주주의 의결권행사(서면투표와 전자적 출석)와 의결권 위임이 가능, ③ 전자적 통신수단에 의한 주주의 질문이 가능, ④ 전자적으로 의결권을 행사한 주주에게 주식법 제245조 제1문과 달리 현장 출석 없이도 주주총회결의에 대한 이의(Widerspruch)를 제기할 수 있는 가능성부여(주주총회결의 취소소송의 요건인 이의제기 가능성 부여) 라는 최소요건이 충족되면 가상주주총회 개최가 가능하다.

(2) 가상주주총회 소집

가. 소집권한

Covid-19법 Art. 2 제1조 제2항 제1문에 의하면 경영이사회의 승인을 받아 현장 출석이 전혀 없는 완전한 가상주주총회를 소집할 수 있다. 물리적 주주총회는 예외적으로 감독이사회(주식법 제111조 제3항), 소수주주(주식법 제122조), 법령이나 정관에서 정한 자(주식법 제121조 제2항 제3문)가 소집할 수 있으나 이들에 의한 가상주주총회 소집은 불가능하다. Covid-19법 Art. 2 제1조에 근거해 경영이사회는 주주의 의사를 묻지 않고(주주의 반대의사가 있어도) 현장 참석을 허용하지 않는 완전한 가상주주총회를 개최하는 것이 허용되고, 이렇게 함으로써 주주의 회합으로 인한 Covid-19 상호감염 위험을 방지하는 것이 가능하다.⁵⁷⁾

경영이사회 이외에 주주총회를 소집할 수 있는 자는 COVID-19에 대한 방역대책인 집합금지 위반하지 않는 범위 내에서 물리적 주주총회만 소집청구할 수 있을 뿐인데 COVID-19의 대규모 확산 국면에서는 사실상 불가능하다.

주식법에서 이미 허용되고 있는 전자적 매체를 현장 참석이 있는 물리적 주주총회에 이용하는 것도 훨씬 완화시켰는데, 현행 주식법 제118조에 의해 요구되는 정관 규정이나 주주총회 회의규칙에 의한 수권이 없이도 경영이사회는 물리적 주주총회에 전자적 수단을 이용할 것을 결정할 수 있다(Covid-19법 Art. 2 제1조 제1항).

나. 소집통지기간

현행 규정(주식법 제123조 제1항 제1문)에 따르면 주주총회일로부터 30일 전까지 소집통지를 하여야 하나, Covid-19법 Art. 2 제1조 제3항에 따라 주주총회일 21일 전까지 소집통지를 하면 된다.

다. 주주총회 소집장소와 주주총회 개최시간

57) Wicke, “Die virtuelle Hauptversammlung während der Corona-Pandemie - aktienrechtlicher Ausnahmezustand”, DStR 2020, 886.

주식법 제121조 제3항에 따르면 주주총회 소집통지 시 주주총회 소집장소(행정구역과 우편 주소)가 기재되어야 하고, 소집장소를 기재하지 않거나 잘 못 기재한 경우 주주의 주주총회 참석이 불가능하기 때문에 주식법 제241조 제1호에 의해 주주총회결의 무효사유가 된다. 그러나 가상주주총회에서는 위와 같은 의미의 소집장소의 통지는 필요하지 않다. 가상주주총회의 특징 중 하나가 주주가 회합하는 장소가 없다는 점이고, 물리적 장소의 기재가 없더라도 가상주주총회 참석이 전혀 제한받지 않기 때문이다.⁵⁸⁾ 가상주주총회의 경우 물리적 소집장소를 통지하는 대신에 접속에 필요한 데이터 혹은 가상공간을 통지하여야 하고, 이를 통지하지 않은 경우 주식법 제121조 제3항을 유추적용하여 주주총회결의 무효사유가 된다고 본다.⁵⁹⁾

주식법 제241조 제1호에 의해 주주총회 개최시간을 통지하지 않거나 부정확하게 통지하면 주주의 총회 참석을 불가능하게 만들기 때문에 주주총회결의 무효사유이다. 물리적으로 주주총회소집을 통지할 때도 주주총회 개최시간(연, 월, 일, 시간)이 통지되어야 하는데(주식법 제121조 제3항 제1문) 소집장소와는 달리 가상주주총회를 위해서도 개최시간은 반드시 통지되어야 한다.⁶⁰⁾ 물리적 주주총회와 마찬가지로 부적절한 시간대(Unzeit)를 가상주주총회의 개최시간으로 정하는 것은(예컨대 일요일이나 공휴일 혹은 너무 이르거나 너무 늦은 시간대) 허용되지 않는다.

(3) 가상주주총회에서 현장 참석이 필요한 자

COVID-19법은 가상주주총회 개최 시 물리적으로 참석하지 않아도 되는 주주(의결권행사 대리인)에 대해서는 언급을 하지만 가상주주총회를 진행하기 위해서 최소한 소집장소에 참석하여야 하는 자(회사의 이사, 의장, 공증인 등)가 있는지에 대해서는 언급이 없다. 가상주주총회는 주주총회의 전과정이 화상과 음성을 통해 송신되기 때문에 주주총회 의장(통상적으로 감독이사회 의장)은 소집장소에 참석이 필요하다고 보아야 한다. 다만, 가상주주총회에서 소집장소란 물리적 주주총회 시 주주에게 통지되는 주식법 제121조 제5항에서 말하는 소집장소(정관에 특별한 규정이 없으면 회사의 본점 소재지나 상장회사의 경우 회사의 주식이 거래되는 거래소 소재지)를 의미하는 것이 아니라 주주총회 과정을 영상과 음성으로 중계하는 장소(Übertragungsort)를 의미한다고 보아야 한다.⁶¹⁾ 주주총회 의사록 작성과 결의에 대한 주주의 반대의사표시(Widerspruch)를 기록하는 업무를 담당하는 공증인은 주주총회 의장과 협의가 필요하므로 함께 주주총회를 중계하는 장소에 참석하여야 한다.

이사는 주주총회에 참석할 권리와 동시에 의무가 있는데(주식법 제118조 제3항), 감독이사회 이사는 COVID-19법 Art. 2 제1조 제1항에 의해 특별히 정관의 규정이 없어도 전자적으

58) Simons/Hauser, "Die virtuelle Hauptversammlung-Aktuelle Praxisfragen unter dem Regime der „Corona“-Gesetzgebung", NZG, 2020, 491; Schäfer, "Die virtuelle Hauptversammlung nach dem Corona-Gesetz-Aktionärsrechte und Anfechtungsmöglichkeiten" NZG 2020, 483; Herb/Merkelbach, "Die Virtuelle Hauptversammlung 2020 - Vorbereitung, Durchführung und rechtliche Gestaltungsoption", DStR 2020, 816; BeckOGK/Hoffmann, 1.7.2018, AktG § 118 Rn. 80.

59) BeckOGK/Hoffmann, 1.7.2018, AktG § 118 Rn. 80.

60) Simons/Hauser, NZG 2020, 491.

61) 법률이나 정관에서 정한 소집장소는 가상주주총회를 개최할 경우 구속력이 없다고 본다. Herb/Merkelbach, DStR 2020, 816.

로 참석하는 것이 허용되나⁶²⁾ 경영이사회 이사에 대해서는 전자적 참석 가능성을 인정하는 명문 규정을 두고 있지 않기 때문에 원칙적으로 현장(중계장소) 참석이 필요하다고 본다. 다만 경영이사회 이사의 주주총회 현장 참석의무를 규정하고 있는 주식법 제118조 제3항의 해석상 참석이 어려운 특별한 사정 혹은 중요한 이유가 있는 경우 주주총회 현장 참석의무가 면제될 수 있다고 본다(따라서 전자적으로 참석할 수 있음).⁶³⁾

COVID-19와 같은 전염병의 대유행으로 인해 현장 참석 시 감염위험(본인 및 타인의 감염 위험)이 있다면 사회적 거리두기(social distancing)가 필요하므로 특별한 사정이나 중대한 이유가 있는 것으로 보아 경영이사회 이사회도 감독이사회 이사와 마찬가지로 정관의 규정이 없이 전자적으로 참석할 수 있다고 보아야 한다.⁶⁴⁾

(4) 주주총회결의 취소사유 및 주주총회결의 취소 제한

COVID 19의 확산이라는 예기치 못한 사태에 대한 대책으로 일정 수 이상의 주주의 집합이 금지되어서 불가피하게 현장 참석자 수를 줄이기 위해 전자적 참석이나 전자적 의결권 행사 등이 결부된 물리적 주주총회를 개최하거나 가상주주총회를 개최하는 경우 기술상 문제 등으로 인해 주주총회결의가 취소될 수 있는 위험이 있다. 이러한 위험을 완화시켜주기 위해 COVID-19법은 주식법 제243조 제3항 제1호⁶⁵⁾와 같이 주주총회결의를 취소할 수 없는 경우를 확대하였다.⁶⁶⁾

COVID-19법 Art. 2 제1조 제7항에 따르면 ① 고의 없이 주식법 제118조 제1항 제3문-5문 및 제2항 제2문, 제4항에 따른 의무를⁶⁷⁾ 위반하거나, 주식법 제125조에 따른 주주에 대한 소집통지 형식을 지키지 못한 경우에도 주주총회결의를 취소할 수 없다. ② 고의 없이 COVID 19법 Art. 2 제1조 제2항의 가상주주총회를 위한 4가지 요건이 충족되지 않았음에도 가상주주총회를 개최한 경우에도 주주총회결의를 취소할 수 없다. COVID 19법 Art. 2 제1조 제2항의 4가지 요건과 관련하여 법률상 착오에 빠진 경우는 고의가 없는 경우여서 주주총회결의 취소가 허용되지 않는다.⁶⁸⁾ ③ COVID-19법 Art. 2 제1조 제2항 제2문에 의해 허용되는 주주의 제한적 정보청구권을⁶⁹⁾ 고의 없이 침해한 경우 역시 주주총회결의 취소사유

62) COVID-19법이 적용되지 않으면 주식법 제118조 제3항 제2문에 감독이사회 이사는 정관에 규정이 있는 경우에만 전자적으로 주주총회에 참석할 수 있다.

63) 주식법 제118조가 Soll 규정(Soll-Vorschrift) 형식을 띠고 있어서 예외 없이 언제나 준수되어야 하는 규정(Muss-Vorschrift)이 아니므로 제한된 범위에서 준수가 면제될 수 있는 여지가 있다고 본다. BeckOGK/Hoffmann, 1.7.2018, AktG § 118 Rn. 27; Herb/Merkelbach, DStR 2020, 816.

64) BeckOGK/Hoffmann, 1.7.2018, AktG § 118 Rn. 67; Herb/Merkelbach, DStR 2020, 816; Simons/Hauser, NZG 2020, 492.

65) 주식법 제243조 제3항 제1호에 의하면 주식법 제118조 제1항 제2문, 제2항 제1문에 따른 전자적 서면투표와 전자적 주주총회 참석, 주식법 제134조 제3항에 따른 의결권 전자적 대리행사 시 발생한 기술적 장애가 회사의 고의나 중과실에 기한 것이 아니라면 주주총회결의를 취소할 수 없다.

66) 취소소송의 위험을 완화시켜 주지 않으면 회사는 가상주주총회나 전자적 방법이 결부된 물리적 주주총회를 적극적으로 활용하기를 주저하게 된다. BT-Drucks. 19/18110, 27.

67) 전자적 의결권 행사 시 혹은 전자적 서면투표의 경우 의결권행사나 서면투표가 이루어졌음을 (최종)주주에게 전자적으로 확인해 주어야 하는 의무를 위반하거나 화상과 음성을 통해 주주총회가 중계될 수 있도록 하는 정관 규정이나 이사회에 대한 수권이 없이 주주총회를 중계한 경우.

68) BeckOGK/Hoffmann, 1.7.2018, AktG § 118 Rn. 79.

가 아니다.

상술한 바와 같이 특정 요건을 위반한 경우에만 주주총회결의 취소의 소가 배제되기 때문에 주주총회 소집절차상 하자가 있는 경우 취소사유가 되며, 특히 가상주주총회라도 주식법 제121조 제3항 제1문에 따라 통지의무가 있는 주주총회 개최시간과 주주총회 안건 등을 통지하지 않은 경우(주주총회 개최장소 제외)에는 주식법 제241조 제1호에 따라 주주총회결의 무효사유가 될 수 있다.⁷⁰⁾

온라인 참가가 허용되는 물리적 주주총회와 마찬가지로 가상주주총회에서도 권한없는 제3자의 주주총회 참가 문제가 발생한다. 원칙적으로 접속제한 장치가 제대로 기능하는지를 검토하는 것은 주주총회 의장의 책임이나 주주가 지배하는 영역에서 일어난 접속 장애나 제3자의 무단 접속은 방지도 불가능하고 주주총회 의장이 책임질 사안이 아니며, 주주총회결의 취소사유인 절차상 하자로 볼 수 있다.⁷¹⁾

III. 판례의 동향

1. 이사 해임(BGH, Urteil vom 15.11.2016 - II ZR 217/15=NJW-RR 2017, 490)

1) 사실관계

원고는 1인 회사인 피고 주식회사(이하 피고 회사)의 2명의 이사 중 1인이었다. 원고와 피고 회사 사이에는 이사 지위에 결부된, 임기가 있는(2011.2.1. ∞2016.1.31.) 이사임용계약이 체결되어 있었다. 2013.1.14. 베를린-브란덴부르크의 대규모 공항건설에 입찰하기 위하여 피고 회사의 이사회가 개최되었으나 이사회에서 결의된 내용에 대해서는 원고와 피고 회사 사이에 다툼이 있었다. 피고 회사에 따르면 원고는 이사회에서 논의한 것과는 다른 내용의 입찰제안서를 독단적으로 제출하였다. 즉, 피고회사에 따르면 입찰제안서에는 원고의 스캔된 서명과 피고 회사의 자회사(로펌) 이사의 동의 없는, 스캔된 서명만 있었고, (피고 회사의 주장에 따르면 이사회에서 결의된 내용인) 피고 회사가 공항건설 프로젝트를 외부 로펌의 지원을 받아 수행한다는 내용과 해당 로펌의 명칭 및 로펌 대표자의 서명이 없었다.

이러한 원고의 처신을 이사간 신뢰에 기반한 협조적인 업무수행 원칙과 이사회결의를 침해한 것으로 본 피고회사는 2013.1.29. 개최된, 원고가 불참한 임시주주총회에서 원고에 대한 불신임결의를 하였고, 당일 원격회의 방식으로 개최된 피고 회사의 감독이사회는 원고를 이사에서 해임하고 임용계약을 2013.2.28.자로 해지하는 결의를 하였다. 2013.1.30. 감독이사회 의장의 서신으로 원고에게 이사 해임 사실이 통지되었고 임용계약 해지의 의사표시도 전달되었다.

이에 대해 원고는 임용계약은 2013.1.29. 이루어진 감독이사회의 해임결의나 임용계약 해

69) 경영이사회 이사는 성실하고 자유로운 재량에 의해 주주의 어떤 질문에 답변할지 여부를 결정할 수 있고, 주주의 질문은 주주총회 소집일 2일 전까지 전자적 통신방법에 도착하도록 정할 수 있다.

70) BeckOGK/Hoffmann, 1.7.2018, AktG § 118 Rn. 80.

71) Simons/Hauser, NZG 2020, 500

지에 의해 소멸되지 않았으며 2013.1.29. 이루어진 해임결의는 무효임을 확인하는 소를 제기하였다.

원고는 주주총회가 아무런 이유도 제시하지 않고 불신임결의를 하여 명백히 부당하기 때문에 불신임결의는 무효이며, 피고 회사는 불신임결의를 핑계로 자신을 이사에서 해임하려고 시도하였다고 주장하였다. 피고 회사의 이사회는 외부의 로펌과 공동으로만 공모할 수 있다고 결의한 것은 아니므로 자신은 이사회결의에 반하는 행동을 한 것은 아니라고 주장하였다. 이사회결의 내용은 단지 외부의 로펌과 공동작업이 확보되어야 한다는 내용에 불과하였고, 공모자의 주소를 피고 회사 앞으로만 기재하기 때문에 공동응모는 표시될 수 없었다고 주장하였다. 원고는 직원에게 자회사(로펌) 이사의 동의 없이 당해 이사의 서명을 스캔하도록 지시하지 않았다고 주장하였다. 따라서 원고의 중대한 의무위반이 없었기 때문에 이사회결의는 무효라고 주장하였다.⁷²⁾

2) 연방대법원의 판단

(1) 판결요지

연방대법원은 불신임 사유가 부적합하다고 하여 이사불신임(Vertrauensentzug) 주주총회결의가 명백히(offenbar) 부당하거나 자의적인 것은 아니며, 이사불신임 주주총회결의는 불신임 사유를 제시할 필요가 없고, 해임 대상인 이사의 의견 청취 절차는 해임을 위한 유효요건이 아닌 것으로 판시하였다.

(2) 판결 논거

연방대법원이 제시하는 판단논거는 다음과 같다. 주주총회는 이사불신임 결의 시 사유를 제시할 필요가 없으며, 불신임결의에는 주주총회의 광범위한 재량이 허용된다. 불신임결의의 부당성은 자의적이거나, 근거가 없거나 혹은 불신임 목적이 공서양속이나 신의칙에 반하거나 기타 위법한 경우에만 인정될 수 있는데, 이러한 부당성은 또한 명백하여야 하므로 불신임결의를 사후적으로 검증해야만 비로소 부당성을 발견할 수 있는 경우라면 ‘명백한’ 부당성이 있다고 볼 수 없다.

감독이사회가 주주총회의 불신임결의에 기초해 이사를 해임하는 경우 범죄 혐의 혹은 의무위반 혐의를 근거로 하는 해임이 아니므로 당해이사에게 의견을 진술할 기회를 부여할 의무가 없다.

주주총회의 이사불신임 결의가 있다고 하더라도 감독이사회는 이사를 해임할 의무는 없으

72) 1심(LG)과 2심(OLG) 법원은 원고의 청구를 인용하였고, 이에 불복한 피고 회사는 연방대법원(BGH)에 상고를 하였는데 연방대법원은 1심과 2심 법원과 달리 피고 회사의 손을 들어 주었다. 다만, 피고 회사는 원고의 이사 지위와 연계된 임용계약을 무상으로 해지하기 위해 불신임결의를 통해 진실에 반하는 사실을 만들어내 비난함으로써 해임에 중요한 사유가 있는 것처럼 기망하였다는 원고의 주장과 관련하여 사실확정이 이루어지지 않았음을 이유로 재판하지 않고 사건을 2심 법원으로 파기환송하였다.

며, 자신의 책임하에 주주총회 불신임결의가 명백히 부당하여 해임을 위한 중요한 사유가 흠결되었는지 여부를 판단하여야 한다.

(3) 평가

독일 주식법(AktG) 제84조 제3항 제2문에 의하면 감독이사회가 이사 혹은 대표이사 해임 권한을 가지고 있는데, 중요한 사유가 있어야만 해임이 가능하다. 중요한 사유로 동조문이 언급하고 있는 것은 중대한 의무위반, 정상적인 업무수행이 불가능한 무능력, 명백히 부당한 사유에 기초한 것이 아닌, 주주총회 불신임결의이다.

연방대법원은 본사건의 이사불신임 주주총회결의가 명백히 부당한 사유에 기초한 것은 아니기 때문에 주식법 제84조 제3항 제2문에 따른 이사 해임을 위한 중요한 사유(주주총회 불신임결의)가 있다고 보았다. 연방대법원의 이러한 입장은 이사불신임 주주총회 결의의 명백한 부당성에 관한 통설의 입장과 일치하는 것이다. 불신임결의에 반드시 구체적 사유가 제시될 필요가 없다는 판시사항도 타당하다. 주주총회결의는 다수결의 특징으로 인해 원칙적으로 근거제시가 필요하지 않다. 즉, 주주총회의 다수결은 다양한 사유에 기초하여 성립할 수 있기 때문에 결의의 구체적인 사유를 제시하는 것이 언제나 가능한 것이 아니다.

불신임결의의 명백한 부당성과 전형적인 해임 사유 중 하나인 중대한 의무위반에 대한 입증 불가능은 같은 차원의 문제가 아니다. 따라서 공모와 관련하여 원고의 업무처리가 잘못되었다고 보는 피고 회사의 입장이 이사회결의의 정확한 내용이 분명하지 않아 입증(확정)될 수 없더라도 그것이 불신임결의의 명백한 부당성을 인정하는 근거가 될 수 없다는 판단도 타당하다.

2. 신주인수권배제 시 주주평등의 원칙, 이사회결의 무효확인 소의 제소기간(BGH, Urteil vom 10.7.2018-II ZR 120/16=BeckRS 2018, 17691)

1) 사실관계

피고는 4백만 유로의 자본금을 가진 상장주식회사이며, 2명으로 구성된 피고의 경영이사회의 이사인 L과 W가 각각 32.5% 지분을 가지고 있었는데 2011년 W가 원고에게 자신의 지분 전부를 매각하였고 원고는 그 후 추가적으로 주식을 취득하여 피고에 대한 지분 42.5%를 가진 주주이다. 피고의 경영이사회는 2008.4.30. 개최된 주주총회에서 감독이사회의 승인을 조건으로 4백만 유로인 자본금을 2013.4.29.까지 금전출자 혹은 현물출자를 통해 2백만 유로까지 더 증가시킬 수 있으며(인허자본, genehmigtes Kapital) 자본금 증가 시 기존주주의 신주인수권을 특정한 요건 하에서 배제할 수 있는 권한을 수여 받았다.

2011.12.8. 피고의 경영이사회는 인허자본을 이용하되 주식법 제186조 제3항 제4문⁷³⁾에

73)*주식법 제186조 제3항 제1문, 제2문, 제3문: 신주인수권의 전부 혹은 일부는 자본금증가결의를 통해서만 배제할 수 있다. 신주인수권을 배제하는 자본금증가결의는 법률이나 정관에 정한 요건 이외에 주주총회에 출석한 의결권 수의 4분의 3이상의 찬성이 필요하다. 정관은 가중된 결의요건과 추가적인 요건을 정할 수

따라 금전출자 방식으로 주주의 신주인수권을 배제하고 무액면주식을 발행하여 자본금을 10%(40만 유로) 증가시키는 결의를 하였다(주당 발행가액은 4.5유로). 자본금 증가를 위한 주주의 모집 업무는 B은행이 수행하기로 피고와 약정을 하였으며, 2011.12.12. 피고의 감독 이사회는 경영이사회의 자본금증가결의를 승인하였다. B은행이 자본금증가로 인한 신주를 모두 인수한 후(총액인수, Firm Commitment Underwriting) 자본금증가는 2011.12.19. 상업 등기부에 등기되었다. 당일 자본금증가를 알게 된 원고는 등기법원(Registergericht)과 피고에게 자본금증가는 무효라고 통지하였다. 2011.12.22. 피고의 이사(동시에 주주)인 L은 B은행으로부터 신주를 배정받았다.

2011.12.28. 피고의 경영이사회는 자본금을 현물출자방식으로 다시 45만 유로 증가시키는 결의를 하였는데(발행가액 주당 1유로, 액면주 45만주) 주주의 신주인수권을 다시 배제하기로 하였다. 당일 피고의 감독이사회는 경영이사회의 결의를 승인하였고, L은 자신의 유한회사 H에 대한 지분(현물출자)을 45만주 인수의 대가로 피고에게 이전하였다. 현물출자방식의 자본금증가는 2012.1.23. 상업등기부에 등기되었고 당일 원고는 자본금증가 사실을 알게 되었다.

2012.2.17. 원고는 2011.12.8.과 2011.12.12.의 금전출자방식의 자본금증가에 관한 경영이사회와 감독이사회의 결의 및 2011.12.28.의 현물출자방식의 자본금증가에 관한 경영이사회 및 감독이사회의 결의가 모두 무효임을 확인하는 소를 제기하였다.

1심 법원과 2심 법원 모두 원고의 청구를 인용하였고, 연방대법원도 피고의 상고를 기각함으로써 원고 승소 취지로 판시하였다. 원고는 주된 무효사유로 주식법 제186조 제3항 제4문(간이신주인수권배제) 위반을 제시하였고, 피고는 원고의 제소가 현저히 지체되어 이루어졌고, 간이신주인수권배제의 요건이 완전히 충족되었음을 이유로 이사회결의 무효주장은 이유 없다고 보았다.

2) 연방대법원의 판결요지

(1) 신주인수권 배제하에 자본금증가의 수권을 받은 이사회의 자본금증가결의에 대해 무효 확인을 구하는 주주의 소에는 자본금증가 이후에 최초로 개최되는 주주총회에서 신주인수권 배제에 관한 보고가 있기 전까지는 주식법 제246조 제1항의 주주총회결의 후 1개월이라는 주주총회결의 취소소송을 위한 제소기간의 적용을 받지 않으나, 현저한 지체 없이 소가 제기되어야 한다.

있다(Das Bezugsrecht kann ganz oder zum Teil nur im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ausgeschlossen werden. In diesem Fall bedarf der Beschluß neben den in Gesetz oder Satzung für die Kapitalerhöhung aufgestellten Erfordernissen einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann eine größere Kapitalmehrheit und weitere Erfordernisse bestimmen).

*주식법 제186조 제3항 제4문: 신주인수권 배제는 현금출자방식의 자본금증가가 자본금의 10%를 초과하지 않고 신주발행가액이 거래소 시세를 현저히 하회하지 않는 경우 허용된다(Ein Ausschluß des Bezugsrechts ist insbesondere dann zulässig, wenn die Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen zehn vom Hundert des Grundkapitals nicht übersteigt und der Ausgabebetrag den Börsenpreis nicht wesentlich unterschreitet).

(2) 주식법 제186조 제3항 제4문의 요건이 충족된 경우에 주주의 신주인수권 배제를 위해 서 객관적으로 정당한 사유가 추가적으로 필요한지 여부와 무관하게 동일한 조건의 주주는 동일하게 취급하여야 한다는 주식법 제53a조의 기본원칙(주주평등의 원칙)은 준수하여야 한 다.

3) 평가

(1) 연방대법원의 Mangusta/Commerzbank II 판결⁷⁴⁾ 이후 주주는 신주인수권배제에 관한 수권을 이용한 경영이사회와 감독이사회 의 자본금증가결의가 위법함을 무효확인 의 소에 의해서 다룰 수 있다고 보는데 본판결도 동일한 입장을 유지하고 있다.

(2) 제소기간과 관련하여 자본금증가 이후에 최초로 개최되는 주주총회에서 신주인수권배제를 포함한 자본금증가에 관한 이사의 보고가 있기 전까지는 주식법 제246조 제1항의 1개월이라는 제소기간의 유추적용은 없으나⁷⁵⁾ 제소권의 실효를 막기 위해 현저히 지체할 수는 없고, 제소권자(주주)에게 합리적으로 기대할 수 있는 시간 내에 소가 제기되어야 한다고 보는 점은 다음과 같은 이유에서 타당하다.

주주총회와는 달리 주주는 이사회결의에 대한 정보취득이 어렵고, 이사회결의의 하자는 자본금증가의 효력에 영향을 미치지 않기 때문에 결의의 적법성에 대해 신속히 해명해야 할 이사회 의 인센티브도 없어 신속히 주주에 대한 정보제공이 이루어지지 않으므로 주주가 이사회결의 내용과 이사회결의의 무효사유에 대한 정보를 취득할 수 있는 시간이 필요하며, 이러한 정보를 취득하지 못한 주주에게 제소를 기대할 수 없다. 따라서 결의일로부터 1개월이라는 주주총회결의 취소를 다투는 짧은 제소기간의 유추적용은 인정할 수 없다. 그러나 무효확인 의 소라고 하여 제소기간에 제한이 없는 것은 아니고, 주주에게 합리적으로 기대할 수 있는 시간 내에는 소 제기가 있어야 한다. 제소기간의 이러한 제한은 제소권이 비록 행사가능한 주주의 권리라도 회사의 이익을 배려할 의무를 위반해서까지 장기간 허용될 수 없다는 점에서 그 근거를 찾을 수 있다.

이런 기준에서 보면 자본금증가 이후 최초의 주주총회가 개최되기 전에 이루어진 원고의 제소는 자본금증가에 관한 이사회결의 내용을 안 날(2011.12.19.)로부터 약2개월이 경과한, 주주(이사) L에게만 주식 전부가 배정되어 결의의 하자를 안 날(2011.12.22.)로부터 2월이 경과하지 않은 2012.2.17. 소를 제기한 것은 현저히 지체된 것이 아니라고 보아야 한다.

(3) 자본금증가 이후에 최초로 개최되는 주주총회에서 신주인수권배제를 포함한 자본금증

74) BGHZ 164, 249 = NJW 2006, 374.

75) 법적 안정성의 필요로 인해 하자가 중요하지 않은 이사회결의의 무효를 다투는 소의 경우 주식법 제246조 제1항을 유추적용하여 1개월 이내에 제소하여야 한다고 보는 견해는 Wilsing, ZGR 2006, 744; Kubis, "Information und Rechtsschutz der Aktionäre beim genehmigten Kapital", DStR 2006, 188. 유추적용을 하면 주주의 권리를 크게 제한하게 되는 결과가 초래되므로 유추적용을 반대하되 유연한 제소기간을 인정하고 주식법 제246조 제1항의 1개월이라는 제소기간은 주주가 신의칙상 요구되는 신속한 제소를 하였는지 판단하는 기준이 될 수 있다고 보는 견해는 Casper in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., vor § 241 ff. Rn. 27; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 203 Rn. 39; Groß/T. Fischer in Heidel, AktG, 4. Aufl., § 203 Rn. 126.

가에 관한 이사의 보고가 이루어진 시점 이후에는 주식법 제246조 제1항의 1개월의 제소기간이 유추적용되는 지에 관해서는 연방대법원이 판단을 하지 않았는데, 이 시점부터는 주주총회 참석과 안전에 대한 검토 및 정보청구권(Auskunftsrecht, 주식법 제131조)를 통해 주주총회 이전보다 주주는 이사회결의 내용과 근거 및 범위에 대해 더 광범위하고 명백한 정보를 취득할 수 있으므로 주주보호의 필요성은 상대적으로 적고 법적 안정성에 대한 회사의 이익이 더 크므로 주식법 제246조 제1항의 1개월의 제소기간이 유추적용된다고 보는 것이 타당하다(혹은 현저히 지체되지 않은 소재기의 판단기준이 됨).⁷⁶⁾ 비록 이사회결의의 하자가 주식법 제189조에 따른 등기 이후에는 자본금증가의 효력에 영향을 미치지 못하지만⁷⁷⁾, 회사는 쟁점사안이 종결되어 더 이상 제소가능성이 없는 상태에 대한 정당한 이해관계를 가지고 있는데 비교적 짧은 제소기간 제한이 그러한 이해관계를 보호하는 방법이다.⁷⁸⁾

(4) 주주평등의 원칙

주식법 제186조 제3항 제4문에 규정하고 있는 간이신주인수권배제(Vereinfachter Bezugsrechtsausschluss)는 동조문의 명시적 요건 이외에 추가적으로 요구되는 불문의 요건

76) Oppenhoff, “Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss(Anm. zum BGH, Ureil vom 10.7.2018-II ZR 120/16)”, NJW 2018, 2801; Klaaßen-Kaiser/Heneweer, “Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital bei vereinfachtem Bezugsrechtsausschluss - Klagefrist und Beachtung des Gleichbehandlungsgebots aus § AKTG § 53 a AktG”, NZG 2019, 419.

77) 이사회결의의 하자가 자본금증가의 효력에 영향을 미치지 않는다고 하여 무효확인을 구하는 소재기가 허용되지 않는 것은 아니다. BGH, BeckRS 2018, 17691 Rn. 21.

78) Klaaßen-Kaiser/Heneweer, NZG 2019, 419. 후속 판결(BGH, NJW 2019, 2777)에서 연방대법원은 기관(이사)의 의무위반행위로 자신의 사원권(주주권)이 침해된 것을 이유로 주주가 기관을 상대로 부작위(유지)소송(Unterlassungsklage)을 제기하는 경우에도 지체없이 제기하여야 한다고 판시하였다. 이 판결에서 지체 없는 제소와 관련하여 주식법 제246조 제1항의 1개월의 제소기간(주주총회결의 취소의 소 제소기간)이 엄격히 적용되는 것은 아니나 주식법 제246조 제1항이 허용하는 1개월의 제소기간을 현저히 초과하지 않는 기간에 제소하여야 한다고 봄으로써 1개월의 제소 기간이 지체 없는 제소여부를 판단하는데 최소한 기준이 될 수 있다고 판시하였다. 지체 없는 제소 여부 판단에 필요한 제소가능한 시점은 이사회(경영이사회 혹은 감독이사회)의 결의 시점이 아니라 주주가 이사회 결의와 자신의 시각에서 보아 결의 무효의 원인이 라고 생각하는 사정을 알았거나 알 수 있었을 시점부터 진행한다고 본다. 본판결의 사안을 간단히 요약하면 다음과 같다. 2013.5.6. 피고(상장회사)의 주주총회는 감독이사회와 동의를 받아 전환사채를 발행할 수 있는 권한을 경영이사회에 수권하고, 전환가액의 인하는 전환기간동안 주주에게만 신주인수권을 부여하는 자본금증가의 경우에 가능하다는 지분희석방지조항을 두는 결의를 하였다. 경영이사회는 2013.12.3. 감독이사회와 동의를 받아 2016년 말에 전환권 행사기간이 만료되는 전환사채발행을 결의하고 주주들에게 인수 청약을 할 것을 권유하였다. 전환사채발행조건에는 전환권 행사 시 주당 5.87 유로에 신주를 인수할 수 있고, 지분희석방지를 위해 주주의 인수권이 인정되거나 혹은 배제된 자본금증가 시 신주의 발행가액이 전환가액보다 낮은 경우에 전환가액은 자동적으로 신주발행가액으로 인화된다는 내용이 있었고, 이러한 사실은 2013.12.4. 회사의 홈페이지에 공고되었다. 2013년 12월 피고는 전환사채 전부가 인수되었음을 공고하였다.

2014년 10월 회사는 주주의 신주인수권을 배제한 채 주당 3.08 유로로 신주를 발행하였고, 이러한 사실은 수시공시를 통해 공시되었으며, 2014년 11월 회사의 홈페이지에 신주발행으로 인한 전환가액을 3.08유로로 인하(repricing)한다는 사실을 공고하였다. 원고(피고의 주주)는 2015년 3월 말 피고를 상대로 주주의 신주인수권을 배제한 채 이루진 자본금증가임에도 전환가액을 인하하여 주주총회의 수권 범위를 넘은 것임을 이유로 전환사채권자에게 주당 5.87유로 미만으로 신주를 배정하는 것을 유지할 것을 청구하는 소를 제기하였다. 본사안에서 연방대법원은 2014년 10월 주주의 신주인수권이 배제된 채 신주가 발행된 사실과 동년 11월에 전환가액이 인하된 사실을 원고가 알 수 있었으므로 최소한 동년 11월부터는 지체 없이 소를 제기하여야 함에도 불구하고 정당한 사유 없이 2015년 3월에 제소한 것은 현저히 지체된 제소로 판단하여 부작위청구(유지청구)를 인용하지 않았다.

도 충족되어야 하는지에 대해서는 견해가 나뉘는데, 연방대법원은 주식법 제186조 제3항 제4문에 따른 간이신주인수권배제의 경우에 신주인수권 배제를 위한 정당한 사유가 추가적으로 더 필요한지 여부와 무관하게 주식법 제53a조의 주주평등의 원칙을 준수하여야 한다고 명확히 선언하였다.⁷⁹⁾ 이사회가 의도적으로 특정주주에게만 신주를 배정하기 위해 신주인수권을 배제하였다면 주식법 제53a조의 주주평등의 원칙을 위반한 것이 되고, 만약 특정주주를 우대하는데 정당한 사유가 있어서 자의적이지 않다면 주주평등의 원칙에 반하지 않는다.⁸⁰⁾ 주주평등의 원칙을 침해한 사실은 주주가 주장·입증하여야 하고, 주주의 불평등한 취급에 정당한 사유가 있는지 여부에 대한 주장·입증책임을 회사가 부담한다.⁸¹⁾

본사안에서 자본금증가에 따른 신주는 대주주 L에게만 배정되었는데, 처음부터 자본금증가결의 자체에서 대주주 L에게만 신주를 배정하였는지 아니면 모집업무를 위탁받은 B은행이 우선 신주 전부를 인수(총액인수)한 후 대주주 L에게 신주를 다시 배정하였는지 여부는 대주주 L에게만 불평등하게 주식이 배정된 것을 인정하는데 아무런 차이가 없다. 즉, 이사이자 대주주인 L은 B은행으로부터 다른 주주들을 배제하고 단독으로 신주를 취득하였는데 이는 자본금증가 시 다른 주주들을 배제하고 즉시 회사로부터 신주를 취득한 것과 차이가 없다.

피고인 회사가 주주의 불평등한 취급을 정당화하기 위해 제시한 사유인 거액투자자 확보, 신속한 유동성확보 필요성, 유리한 시장상황 이용, 공모시 필요한 투자설명서 교부의무 회피 등은 원칙적으로 정당한 사유에서 배제되지 않으나 연방대법원은 본사안의 경우 이러한 사유들이 입증 불가능하거나 불평등한 취급을 받은 주주와 회사간 이익형량에 관련성이 없다는 것을 이유로 받아들이지 않았다. 본사안에서는 주주 L에게만 정당한 사유 없이 신주 전부를 배정하였으므로 주식법 제53a조 위반이 있다고 보아야 한다.

주주의 신주인수권이 배제되었다고 해서 기존주주에게 신주를 배정할 수 없는 것은 아니다. 기존주주라는 자격과는 무관하게 모집 업무를 위탁받은 은행이 신주배정 기준으로 설정한 투자자 요건을 충족하고 있으면 신주를 배정할 수 있다. 즉, 신주배정기준을 충족시키는 경우 은행은 해당투자자가 기존주주인지 확인할 필요가 없으며 기존주주를 의도적으로 신주배정에서 제외할 필요가 없다. 반면, 기존주주가 주주라는 자격 때문에 신주배정에서 특별히 고려된다면 오히려 명백히 정당한 사유가 있어야 한다.⁸²⁾

3. 적법한 대안적 행위 및 1인 주주의 승낙과 이사의 면책(BGH, Urteil vom 10.07.2018 – II ZR 24/17=BeckRS 2018, 22957)

1) 사실관계

D시(市)는 D시에서 지상·지하주차장을 운영하고 업무용 부동산 개발 및 임대업을 영위하

79) 같은 입장은 Servatius in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 186 Rn. 61; Münch KommAktG/Schürnbrand, 4. Aufl., § 186 Rn. 88.

80) BGHZ 120, 141, 150 = NJW 1993, 400.

81) Hüffer/Koch, § 53 a Rn. 8; Lange in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 53 a AktG Rn. 6; Janssen in Heidel, § 53 a Rn. 25; Hölter/Laubert, AktG, 3. Aufl., § 53 a Rn. 13

82) Oppenhoff, NJW 2018, 2802.

는 원고 주식회사(이하 원고 회사)의 1인 주주이다. 원고 회사의 정관 제7조는 20만 유로 이상 소요되는 거래(건축과 구매)를 위해서는 감독이사회의 승인을 받도록 규정하고 있었다. 피고는 원고 회사의 경영이사회 이사(이하 피고 이사)인데 총투자액 약4백만 유로의 투자계획에 대한 감독이사회의 승인을 얻었고, 투자계획은 D시 소유의 성(城)과 기타 건물의 리모델링 및 임대 계획을 포함하고 있었다. 그러나 시간이 지남에 따라 리모델링 비용만 약6백4십만 유로로 증가할 것으로 평가되었고 경제성 있는 영업을 기대할 수 없다. 이 문제로 인해 피고 이사는 원고 회사의 감독이사회 의장을 겸하고 있던 D시 시장(상술한 바와 같이 D시는 원고 회사의 1인 주주)을 만났고, 당시 대화 내용에 대해서는 다툼이 있는 상황이다. D시 시장을 만난 후 약2개월 뒤 피고 이사는 D시와 성과 기타 건물에 대한 50년의 장기 임대계약을 체결하여 투자계획을 진행하였다.

그러나 피고 이사의 책임 하에 계획된 리모델링 작업은 그 일부만 진행되었고 부동산마케팅도 실패하여 이로 인해 원고 회사는 손해를 입게 되었다. 원고 회사는 이사를 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였는데 1심과 2심 법원은 원고 회사의 손해배상청구를 인용하였고 이에 불복한 피고 이사가 연방대법원에 원고 회사의 손해배상청구 기각을 구하는 상고를 하였으나 연방대법원도 원고 회사 승소 취지의 판시를 하였다.

2) 연방대법원의 판결요지

(1) 정관이나 감독이사회가 특정거래의 경우 감독이사회 승인을 받도록 정하고 있으면 이사회는 원칙적으로 거래의 실행 전에 승인을 받아야 한다.

(2) 감독이사회 의 특정위원회에 위임한 경우가 아니라면 승인은 감독이사회의 명시적 결의를 통해서 이루어져야 하고, 감독이사회 의장의 승인으로 갈음할 수 없다.

(3) 책임을 발생시킨 경영이사회 이사의 당해거래행위를 1인 주주가 사전에 승인하였다라도 감독이사회 승인 없었다는 것을 이유로(의무위반을 이유로) 경영이사회 이사에 대해 회사가 손해배상청구를 하는 것은 원칙적으로 권리남용이 아니다.

(4) 감독이사회의 승인을 받지 않은 것을 이유로 제기된 회사의 손해배상청구에 대해 감독이사회에 승인을 요청했다라면 자신이 행한 거래를 승인했을 것이라는 사실을 입증함으로써 이사는 대항할 수 있다.⁸³⁾

3) 평가

(1) 우선 연방대법원은 주식법 제111조 제4항 제2문의 감독이사회의 승인⁸⁴⁾(Zustimmung)

83) 2심인 OLG Düsseldorf, BeckRS 2016, 131770는 반대로 적법한 대안적 행위라는 항변을 인정하지 않았다.

이 사후적으로 가능한지 여부와 관련하여 동조의 의미와 목적을 고려하여 사전 승인(민법 제 183조의 Einwilligung)을 의미하고 사후 승인(민법 제184조의 Genehmigung)을 의미하는 것은 아니라는 점을 분명히 밝히고 있다. 감독이사회의 승인은 경영이사회 이사의 업무집행에 대한 예방적 통제와 참여를 위한 수단이기 때문에 이미 실행된 업무에 대해서 사후적으로 안건으로 올려 감독이사회 승인을 받는 것으로는 충분하지 않다. 감독이사회의 승인 없는 거래라도 대외적으로 효력이 있는 것이 일반적이어서 더 이상 원상회복이 불가능하게 되기 때문에 사전 승인이 필요하다.⁸⁵⁾ 감독이사회 승인은 감독이사회 의장의 승인으로 같을 수 없고, 감독이사회 이사 전원회의(Plenum) 혹은 유효한 위임이 있는 경우 감독이사회 산하 위원회(Ausschuss)의 승인이 있어야 한다.

(2) 주식법 제93조 제4항 제1문에 따르면 적법한 주주총회결의에 기한 이사의 행위는 면책이 되는데⁸⁶⁾, 100% 지분을 보유한 1인 주주가 주주총회결의가 아닌 다른 방식으로 이사의 행위를 사전 승인하였는데도 이사의 책임을 묻는 경우 1인 주주는 자신의 의사를 주주총회에서 어차피 관철시킬 수 있기 때문에 신의칙에 반하는 것이⁸⁷⁾ 아닌지 의문이 제기된다. 연방대법원은 이사의 면책을 위해서는 주주총회결의를 요한다는 주식법 제94조 제4항 제1문을 우회하는 길을 열어줄 수 있고, 이사는 주식법 제83조 제2항에 따라 적법한 주주총회결의만을 집행할 의무가 있다는 것을 이유로 이사의 면책을 위해서는 주주총회결의 이외의 방식에 의한 승인은 허용하지 않는다고 본다. 따라서 연방대법원은 1인 주주가 사전에 이사의 행위를 승인한 경우라도 의무위반으로 인한 이사의 책임을 묻는 것이 원칙적으로 권리남용에 해당하지 않는다고 판단하였다.

(3) 이사는 감독이사회의 승인을 받지 않은 자신의 행위가 적법한 대안적 행위(Rechtmäßiges Alternativverhalten)였음을, 즉 승인을 받지 않았지만 승인 여부를 요청하였다면 감독이사회가 승인하였을 것이라는 점을 주장·입증하는 경우 면책이 된다.⁸⁸⁾ 이는 유한회사법 제43조 제2항과 관련하여 연방대법원이 내린 판결을⁸⁹⁾ 주식법 제93조 제2항

84) 주식법 제111조 제4항 제2문: 정관이나 감독이사회는 특정 종류의 거래는 감독이사회의 승인이 있어야만 할 수 있음을 정할 수 있다.

85) Müller, Anmerkung LMK 2018, 413368.

86) 주주총회결의는 형식적으로 결의의 모습을 갖추어야 하며, 주주총회에서 단순한 의사표명이나 추천 혹은 다수지분을 가진 주주의 의사표시 혹은 모든 주주나 1인 주주의 승인은 형식을 갖춘 주주총회결의를 대체할 수 없다. 이사는 형식을 갖춘 주주총회결의에만 구속이 되기 때문이다(주식법 제83조 제2항). 주주총회결의는 적법하여야 하므로 취소할 수 있거나 무효인 결의에 기초해서는 이사의 면책이 허용되지 않는다. 주주총회결의는 이사의 행위가 개시되기 전에 이루어져야 하며, 이사의 행위에 대해 승인 대상과 범위를 특정하여야 하고 단순한 수권은 면책을 위해서 충분하지 않다. 이사가 의무를 위반하여 주주총회결의를 인위적으로 성립시키면 면책되지 않는다. Spindler/Stilz/Fleischer, 4. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 266-267; MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 267-276; Hölters/Hölters, 3. Aufl. 2017, AktG § 93 Rn. 295-298. 주주총회결의와는 달리 감독이사회의 승인이 있다고 하여 이사의 회사에 대한 책임이 면책되는 것은 아니다(주식법 제93조 제4항 제2문).

87) 신의칙에 반하는 예외적인 경우가 있다고 보는 견해는 Spindler/Stilz/Fleischer, 4. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 266; MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 279; Hölters/Hölters, 3. Aufl. 2017, AktG § 93 Rn. 295.

88) 적법한 대안적 행위라는 항변 부분에 대해서 사실확정이 충분히 이루어지지 않았음을 이유로 자판하지 않고 2심 법원으로 환송하였다.

89) BGH, ZIP 2007, 268 Rn. 12.

의 해석에도 적용한 것이다. 적법한 대안적 행위에 대한 주장·입증책임을 이사가 부담하고, 또한 법령이나 정관을 위반한 이사의 행위 혹은 과도한 위협으로 인해 경영자적 재량범위 안에 있지 않은 이사의 행위에 대해서는 가정적 고려가 허용되지 않기 때문에 적법한 대안적 행위로 인해 이사의 면책이 허용되는 범위는 제한적이다.

4. 감독이사회의 주식회사 대표권(BGH, Urteil vom 15.1.2019-II ZR 392/17=NJW 2019, 1677)

1) 사실관계

원고 주식회사(매수인)의 경영이사회의 대리인이 피고 유한회사(매도인)와 다른 유한회사의 지분을 양수하는 계약을 체결하였는데, 계약서 내용에 따르면 피고 유한회사의 유일한 사원이자 동시에 이사인 자가 원고 주식회사의 이사로 선임·임용될 예정이었다. 지분양수계약은 이사임용계약체결을 정지조건으로 하는 계약이었는데, 원고 주식회사의 감독이사회는 지분양수계약을 체결한 날 피고 유한회사의 유일한 사원이자 동시에 이사인 자를 원고 주식회사의 경영이사회 이사로 선임하고 이사임용계약을 체결하였다. 이후 원고 주식회사는 대표권이 없는 경영이사회가 대리인을 통해 피고 유한회사와 지분양수계약을 체결하였으므로 무효라고 주장하면서 피고 유한회사를 상대로 독일 민법 제812조 제1항(부당이득 규정)에 근거해 지급한 매매대금의 반환을 구하는 소를 제기하였다. 제1심과 제2심은 원고 회사의 청구를 인용하였으며, 연방대법원도 피고 유한회사의 상고를 기각하였다.

2) 연방대법원의 판결요지

감독이사회는 회사와 경영이사회 이사와의 법률행위뿐만 아니라 경영이사회 이사가 유일한 사원(1인 사원)인 회사와의 법률행위 시에도 회사를 대표한다.

3) 평가

경영이사회 이사와 회사간 법률행위는 경영이사회가 아니라 감독이사회가 회사를 대표한다는 주식법 제112조 제1문은⁹⁰⁾ 회사와 경영이사회 이사간 이해충돌을 방지하기 위한 규정이므로 동조문은 이사가 유일한 사원인 회사(이사와 경제적 동일성 인정)와 거래하는 경우에도 적용된다고 본 연방대법원의 입장은 통설의⁹¹⁾ 논지와 일치하며 타당하다.⁹²⁾

90) 이사 선임 및 임용의 유·무효를 묻지 않고 이사로 업무를 수행하면 적용되고(사실상 이사에도 적용되고), 사임(해임, 퇴임)한 이사인 경우(BGH, NJW 1995, 2559; BGH, NJW 2004, 1528), 임용 직전의 이사인 경우에도 이사로서 수행했던 혹은 수행할 업무와 거래 사이에 내용상·시간상 관련성이 있다면 이해충돌 가능성이 있다고 보아 적용된다. Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 112 Rn. 2; MüKoAktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, AktG § 112 Rn. 10. 심지어 퇴임한 이사의 배우자가 상속인으로서 회사에 대해 직장연금청구의 소를 제기하는 경우에도 경영이사회가 회사를 대표하면 이해충돌이 발생한다고 보아 감독이사회가 회사를 대표하여야 한다는 판결도 있다(BGH, NJW-RR 2007, 98).

회사와 이사의 이해충돌을 방지하기 위해 이사회는 전속적인 회사대표권을 제한하는 주식법 제78조 제1항 제1문의 예외로서 주식법 제112조 제1문은 좁게 해석하여야 하나 이사가 유일한 사원인 1인 회사와 거래하는 경우를 포함시키는 것이 이해충돌방지와 이해관계로 인한 불공정한 고려로부터 영향을 받지 않는 대표권 행사를 통한 회사이익 보호라는 주식법 제112조 제1문의 입법목적에 부합한다.⁹³⁾ 1인회사 여부는 비교적 용이하게 확정할 수 있으므로 이사와의 경제적 동일성 인정으로 인해 법적 안정성이 침해될 가능성도 매우 제한적이며, 만약 이사와 경제적 동일성이 인정되는 회사와 거래하는 경우에 주식법 제112조 제1문의 적용을 배제하면 쉽게 동규정 적용을 회피할 수 있는 문을 열어주게 된다.⁹⁴⁾

본사안에서 피고 유한회사의 유일한 사원은 지분양수계약 체결시점에는 원고 주식회사의 이사가 아니었지만 장래에 이사로 선임될 것이 예정되어 있었고 이사 선임 전에 체결된 계약이 이사선임과 관련성이 있다면 주식법 제112조 제1항이 적용되어 경영이사회가 아니라 감독이사회가 원고 회사를 대표한다고 본 견해도 통설과⁹⁵⁾ 일치하는 타당한 결론이다. 만약 이 경우에 주식법 제122조 제1항이 적용되지 않는다면 거래와 이사 선임 사이에 시차를 두는 방법에 의해 쉽게 동조문의 적용을 배제하는 것이 가능하게 된다. 지분양수계약과 이사 선임의 관련성은 양자가 정지조건으로 상호 결부된 점에서 인정된다.

다만, 연방대법원은 주식법 제112조 제1문을 더 확대해석하여 경영이사회 이사가 상당한 영향력(maßgeblicher Einfluss)을 행사할 수 있는⁹⁶⁾ 회사와 법률행위를 하는 경우에도 감독이사회가 주식회사를 대표하는지 여부에 대해서는 판단을 하지 않았다. 주식법 제112조 제1문은 경영이사회 이사와 회사가 거래하는 경우 경영이사회 대표권을 인정하지 않는 예외 규정으로서 감독이사회에 넓은 대표권을 부여하려는 입법의도는 없으므로 그 적용범위는 가능한 좁게 해석하여야 하고⁹⁷⁾, 상당한 영향력 행사라는 기준은 특정하기가 용이하지 않기 때문에⁹⁸⁾ 법적 확실성을 통한 거래안전을 보호하기 위해 감독이사회가 아니라 주식법 제78조 제1항에 따라 경영이사회가 여전히 회사를 대표한다고 보아야 한다.⁹⁹⁾

91) 대표적으로 Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 112 Rn. 4; MüKoAktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, AktG § 112 Rn. 9.

92) 이사와 경제적 동일성 인정은 이사가 특정회사의 1인 사원이면 족하고 본사안처럼 추가적으로 특정회사의 이사일 필요까지는 없다.

93) Hell, “Vertretung der AG bei maßgeblichem Einfluss eines Vorstandsmitglieds auf den Vertragspartner”, GWR 2019, 245 f.; Luy, “Zur Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft gegenüber Gesellschaften, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft ist (zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.01.2019 - II ZR 392/17)”, BWNotZ 2019, 88.

94) Hell, GWR 2019, 246.

95) Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 112 Rn. 2; MüKoAktG/Habersack, § 112 Rn. 11; Spindler in Spindler/Stilz, § 112 Rn. 6.

96) 특정회사에 상당한 영향력을 행사하는 경우란 이사가 특정회사의 1인 사원인 경우 즉, 경제적 동일성 인정되는 경우를 제외하고 특정회사를 지배하거나 특정회사에 상당한 지분참가를 하는 경우 혹은 특정회사에 상당한 경제적 영향력을 행사하는 경우를 포괄하는 표현이다. Honert/Schuhknecht, “Vertretung der Aktiengesellschaft bei maßgeblichem Einfluss eines Vorstandsmitglieds auf den anderen Vertragspartner”, GWR 2013, 480.

97) MüKoAktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, AktG § 112 Rn. 9.

98) 다만, 연방대법원은 특정회사에 25% 미만의 지분참가를 하고 있는 경우에는 특별한 추가적 요소가 없다면 그 회사에 대해 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 것은 아니라고 판시하였다. BGH NZG 2013, 496 Rn. 9.

99) 통설. 대표적으로 Hüffer/Koch AktG § 112 Rn.4; MüKoAktG/Habersack, § 112 Rn. 9; Hell, GWR

경영이사회 이사가 상당한 영향력을 행사할 수 있는 회사와 거래할 때도 경영이사회가 계속 대표권을 가짐으로써 발생하는 이해충돌로 인한 회사보호 문제는 대표권 남용 법리, 주식법 제93조에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상책임, 회사에 대한 충실의무에서 인정되는 이해충돌 공개의무 혹은 이해충돌 시 주식법 제112조 제4항 제2문에 따라 감독이사회의 승인을 받도록 규정을 두는 방법, ARUG II에 의해 새로 도입된, 이해관계자와 거래 시 감독이사회의 승인을 받도록 하는 주식법 제111b조 등에 의한 해결이 가능하다.¹⁰⁰⁾

주식법 제112조 제1문을 위반하여 감독이사회가 아니라 경영이사회가 대표권을 행사한 경우 민법 제134조(법령위반)에 해당하여 무효인지 아니면 민법 제177조(무권대리) 이하의 규정에 따라 유동적 무효인지(schwebende Unwirksamkeit, 추인할 수 있는 행위인지) 여부에 대해 연방대법원은 판단하지 않았는데¹⁰¹⁾, 감독이사회가 추인할 수 있다고 보아야 한다.

주식법 제112조 제1문을 위반한 경우(감독이사회가 대표하지 않은 경우) 민법 제134조에 따라 확정적으로 무효가 되고 하자 치유는 불가능하다고 보는 견해가 있다.¹⁰²⁾ 이 견해는 우선, 확정적 무효로 보지 않으면 감독이사회는 회사의 대표기관이 아니라 이미 이루어진 거래를 두고 동의 여부만을 판단하는 단순한 동의기관으로 전락하게 되며, 이미 체결이 완료된 거래에 대해서는 경영이사회의 결정과 반대되는 결정(추인거절)을 하기가 어려워 자유로운 결정도 할 수 없게 된다는 점을 지적한다. 또한 주식법은 다른 기관의 참여권(Mitwirkungsrecht)이 침해된 경우 동의(Zustimmung) 가능한 경우를 규정하고 있는데(주식법 제89조 제5항, 제114조 제1문, 제115조 등) 권한분배에 관한 강행규정인 주식법 제112조는 감독이사회의 대표권이 침해되었을 경우 동의 가능 여부에 대해 침묵을 지키고 있으며, 이러한 침묵은 추인을 통한 하자치유 가능성을 인정하지 않겠다는 선언으로 보아야 한다고 주장한다.

경영이사회 이사가 거래의 당사자인 경우 불공정한 거래가 이루어질 위험으로부터 회사를 보호하기 위해 경영이사회의 대표권을 인정하지 않는 것이 주식법 제112조 제1항의 입법취지인데 이러한 입법취지는 아래와 같은 이유로 유동적 무효를 인정하여도 충분히 달성된다고 보는 견해가¹⁰³⁾ 있는데 이 견해가 더 설득력이 있다. 확정적 무효로 보는 견해는 지나치게 과도한 결론이다. 우선, 대표권이 어느 기관에 있는지를 규정하고 있는 주식법 제112조 제1문의 내용상 법령위반행위를 확정적 무효로 보는 민법 제134조 보다는 무권대리에 관한 민

2019, 247. 감독이사회의 대표권을 인정하는 반대견해는 Spindler in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 112 Rn. 8; OLG Saarbrücken, BeckRS 2012, 21886.

100) Hell, GWR 2019, 247. 특히 주식법 제111b조는 경영이사회 이사가 특정회사의 유일한 사원(1인 사원)은 아니나 지분참가를 통해 특정회사에 대한 상당한 영향력을 행사하거나 혹은 특정회사를 지배하고 있고 특정회사와의 거래규모가 일정규모 이상인 경우(경영이사회 이사로 활동하고 있는 회사의 자산의 1.5% 이상)에는 이해관계자와의 거래 요건을 충족하여서 사전에 감독이사회 승인을 받아야 한다.

101) 감독이사회의 추인이 없었다는 사실이 제2심 법원에 의해 확정되었고, 상고심에서도 무효인지 유동적 무효인지(추인가능한 행위인지) 다투지 않아서 연방대법원은 이 문제에 대해 학설대립이 있음을 알고도 판단하지 않았다. 이 판결 이전에도 연방대법원은 주식법 제112조 제1항을 위반한 경우 무효인지 혹은 유동적 무효인지 여부에 대한 판단을 하지 않았다.

102) OLG Stuttgart, AG 1993, 85; OLG Hamburg, AG 1986, 259; Ekkenga, "Insichgeschäfte geschäftsführender Organe im Aktien- und GmbH-Recht unter besonderer Berücksichtigung der Einmann-Gesellschaft", AG 1985, 41 f.; Spindler/Stilz/Spindler, 4. Aufl. 2019, AktG § 112 Rn. 48-50.

103) Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 112 Rn. 12; MüKoAktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, AktG § 112 Rn. 34; Fuhrmann, "Beraterverträge mit Organmitgliedern in der Aktiengesellschaft", NZG 2017, 297.

법 제177조(무권대리) 이하를 적용하여 추인가능성이 있는 유동적 무효로 보는 것이 더 타당하고, 유동적 무효는 대표권침해에 대한 제재로서 충분하다. 감독이사회의 추인기준은 오로지 회사의 이익이고, 이러한 기준을 따르지 않은 추인을 할 경우 주식법 제116조 제1문에 따라 감독이사회 이사의 회사에 대한 책임이 발생하므로 경영이사회 결정이 이미 이루어졌다는 사실상 힘(Macht des Faktischen)으로부터 영향력이 차단되므로 회사의 이익이 충분히 보호될 수 있다. 마지막으로 유동적 무효로 보아야만 회사에 유리한 거래에 대해 새로이 계약을 체결할 필요 없이 추인(민법 제177조 제1항)을 통해 유효한 거래로 만들어 활용할 수 있게 된다.

4) 이해관계자거래(related party transaction)에 대한 감독이사회 승인(주식법 제111b조)

ARUG II에 의해 도입된, 회사와 이해관계자간 거래(주식법 제111a조)에는 감독이사회의 사전 승인을 받도록 규정하고 있는 주식법 제111b조(상장회사에만 적용)가 회사와 경영이사회 이사간 거래에 대해서는 감독이사회가 대표권을 가진다고 규정하고 있는 주식법 제112조 제1문과 어떠한 관계에 있는지 의문이 제기된다. 양규정 모두 회사자산이 은밀히 유출되는 것(tunneling)을 방지하여 회사(주주)를 보호하는 것이 입법목적이란 점에서 유사한 기능을 가지고 있다.¹⁰⁴⁾

그러나 주식법 제112조 제1문은 경영이사회 이사와의 모든 종류의 거래에 대해서(회사에 대한 경제적 비중과는 관계없이) 회사대표권을 감독이사회로 이관하는 것임에 반해 주식법 제111b조 제1항에 의하면 이해관계자와의 경제적 비중이 있는 거래만¹⁰⁵⁾ 사전에 감독이사회의 승인을 받아야 한다(대표권은 경영이사회에 있음).

또한 주식법 제111b조 제1항은 이사를 포함한 모든 이해관계자와의 거래에 적용됨에 반하여 감독이사회의 대표권을 인정하는 주식법 제112조 제1문은 이사(이사와 경제적 동일성이 있는 자)와의 거래에만 적용된다. 양규정은 서로 중첩되어 적용될 수 있으며 상호 배척적 관계에 있는 것은 아니고, 다만, 주안점이 다르다.¹⁰⁶⁾ 즉 주식법 제111b조는 회사자산의 부당한 유출을 방지하기 위해 경제적으로 비중이 있는, 이사를 포함한 다양한 이해관계자와의 거래에 대해 경영이사회의 대표권을 인정하되 감독이사회의 사전 승인이라는 감시 및 통제 수단을 사용함에 반해, 주식법 제112조 제1문은 이사와의 거래에 대한 경영이사회의 관여를 전적으로 배제하고(대표권을 인정하지 않고) 대표권을 감독이사회에 부여하는 수단을 사용한다.

양규정의 이러한 주안점의 차이와 유럽연합 제2차 주주권지침 및 ARUG II의 입법자료가 대표권을 감독이사회로 이관하는데 대해 전혀 언급하지 않은 것으로 보아 주식법 제111b조에 의해 감독이사회의 사전 승인이 필요한 이해관계자와의 거래에 경영이사회의 대표권을 배제하는 주식법 제112조 제1문을 확대(유추) 적용하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.¹⁰⁷⁾

104) RegE ARUG II, März 2019, S. 36.

105) 거래규모가 회사 자산(고정자산과 유동자산 포함)의 1.5% 이상인 이해관계자와의 거래에만 감독이사회의 사전 승인을 요한다(주식법 제111b조 제1항).

106) Hell, GWR 2019, 246 f.

107) Hell, GWR 2019, 247.

5. 경영이사회 이사의 손해배상책임을 추궁하지 않은 감독이사회 이사의 손해배상책임을 소멸시효(BGH, Urteil vom 18.9.2018-II ZR 152/17=NJW 2019, 596)

1) 사실관계

원고는 상장주식회사이고 피고는 2002년에 원고의 주식 27.4%를 취득하였으며 2002년부터 2013년까지 원고의 감독이사회 의장이었다. 2002년과 2003년에 피고에게 허용되지 않는 출자환급 혹은 자본대체적인 사원대여금의 반환이 이루어졌음에도 불구하고 원고의 감독이사회는 경영이사회 이사를 상대로 손해배상청구(주식법 제93조 제2항, 제3항)를 하지 않았기 때문에 경영이사회 이사에 대한 원고의 손해배상청구권은 2008년 시효로 소멸하였다. 원고는 경영이사회 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 추궁하지 않아 시효로 소멸된 것을 이유로 피고인 감독이사회 의장을 상대로 출자환급분과 사원대여금 반환분에 상당하는 금액의 손해배상책임을 묻는 소를 2012년과 2013년 각각 제기하였다.

1심 법원은 원고의 청구를 인용하였으나, 2심 법원은 피고인 감독이사회 의장에 대한 손해배상청구권의 시효는 피고인 감독이사회 의장에게 위법하게 출자가 환급되고 사원대여금이 반환된 2002년과 2003년부터 진행하는 것이고 경영이사회 이사에 대한 원고의 손해배상청구권이 시효 완성으로 소멸한 시점인 2008년부터 비로소 진행되는 것이 아니어서 피고 감독이사회 의장에 대한 손해배상청구권은 시효가 완성되었다고 보았다. 또한 2심 법원은 본사건의 경우 경영이사회 이사의 책임을 추궁할 의무를 부담시키면 감독이사회 이사(의장)가 자신의 의무위반을 스스로 자백하도록 강제하게 되는데 이는 허용되지 않는다는 것을 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

원고는 이에 불복하여 상고하였는데 연방대법원은 2심과 반대로 피고인 감독이사회 의장에 대한 손해배상청구권의 시효는 경영이사회 이사에 대한 손해배상청구권이 시효로 소멸한 2008년부터 진행되므로 아직 시효가 완성되지 않았다고 보아 원고의 청구를 인용하였다.

2) 연방대법원의 판단

(1) 주식회사의 경영이사회 이사에 대한 손해배상청구권이 시효 완성으로 소멸하게 된 것을 이유로(감시의무위반을 이유로) 주식법 제116조 제1문, 제93조 제2항, 제4항에 따른 감독이사회 이사에 대한 손해배상청구권의 시효는 민법(BGB) 제200조 제1문에 따라 경영이사회 이사에 대한 회사의 손해배상청구권이 시효로 소멸한 시점부터 진행한다.

(2) 감독이사회 이사에 대한 회사의 손해배상청구권의 시효가 진행되는 시점은 책임추궁대상인 경영이사회에 이사에 대한 회사의 손해배상청구권이 감독이사회 이사(동시에 주주)에 대한 출자환급으로 인해 발생하였더라도 마찬가지이다.

3) 평가

연방대법원은 ARAG/Garmenbeck 판결¹⁰⁸⁾에서 인정된 경영이사회 이사의 의무위반 시 감독이사회 의 책임추궁의무를 본판결에서 다시 한번 확인하였다. 즉, 감독이사회 이사는 경영이사회 이사의 회사에 대한 손해배상책임 발생여부를 검토하여 발생한 손해배상책임은 원칙적으로 추궁할 의무가 있다. 감독이사회 이사가 이러한 책임추궁의무를 이행하지 않으면 주식법 제116조 제1문, 제93조 제2항 제1문에 의해 회사에 대해 스스로 손해배상책임을 진다.

감독이사회 이사에 대한 회사의 손해배상청구권도 민법(BGB) 제200조 제1항에 따라 그 발생시점부터 시효가 진행된다. 책임추궁을 하지 않아서 경영이사회 이사에 대한 회사의 손해배상청구권의 시효가 완성된 시점(회사의 손해 발생시점)에 감독이사회 이사에 대한 회사의 손해배상청구권이 비로소 발생한다고 보아야 하기 때문에 이 시점부터 시효가 진행된다.¹⁰⁹⁾ 감독이사회 이사가 출자환급을 받은 시점은 경영이사회 이사의 의무반으로 인한 손해배상책임이 발생하는 시점이고 이러한 경영이사회 이사의 책임을 추궁하지 않은 경우 감독이사회 이사의 손해배상책임은 경영이사회 이사의 손해배상책임이 시효로 소멸하여 더 이상 책임을 물을 수 없는 경우에(책임추궁의무 위반으로 인한 회사의 손해도 확정) 발생한다.¹¹⁰⁾

감독이사회 이사가 경영이사회 이사의 의무위반행위로 인한 수익자(출자환급을 받은 자)여도 더 이른 시점(즉, 출자환급을 받은 시점)에 시효가 진행되는 것은 아니다. 감독이사회 이사의 의무 중 경영이사회 이사의 의무위반을 방지할 의무(감시의무, 주식법 제111조 제1항)와 경영이사회 이사의 의무위반 시 손해배상책임을 추궁할 의무는 구분된다. 감독이사회 이사의 감시의무 위반으로 인한 회사의 손해배상청구권의 시효는 감시의무 위반 시점부터 진행되고 감독이사회 이사의 책임추궁의무 위반으로 인한 회사의 손해배상청구권의 시효는 경영이사회 이사에 대한 손해배상청구권의 시효가 완성된 시점부터 진행된다.¹¹¹⁾

감독이사회가 경영이사회 이사에 대한 책임추궁을 하기 위해서는 불가피하게 자신 스스로 의무를 위반하였음을 자백하여야 하는데 이는 자신에게 불리한 사실을 공개할 의무는 없다는 원칙과 충돌하는 듯 보이지만 감독이사회 이사는 자신에게 불리한 사실(의무위반)이 있어도(불리한 사실이 공개될 위험이 있어도) 책임을 추궁할 의무가 있다고 보아야 한다. 자신에게 불리한 사실이 있는 경우 감독이사회 이사의 책임추궁의무가 면제되면 감독이사회 의 경영이

108) BGH, DSrR 1997, 880 ff. ARAG/Garmenbeck 판결에 대한 자세한 소개는 정대익, “경영이사회 이사에 대한 감독이사회 의 책임추궁의무 -독일 연방대법원의 ARAG/Garmenbeck 판결이 주는 의미”, 「금융법연구」 14권 2호(2017.08), 199면 이하.

109) 손해배상청구권은 위험상황 발생시점이 아니라 손해의 발생시점에(손해액의 정확한 산정이 불가능하거나 손해가 중대한 것이 아니어도 무방) 생긴다. 경영이사회 및 감독이사회 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 시효는 비상장회사의 경우 5년, 상장회사의 경우는 10년인데(주식법 제116조, 제93조 제6항), 책임추궁의무위반으로 인한 감독이사회 이사의 손해배상책임은 경영이사회 이사의 책임발생시점으로부터 계산하면 비상장회사의 경우 10년, 상장회사의 경우 사실상 20년간 책임을 진다. 상장회사와 비상장회사를 구분하여 이사에 대한 회사의 손해배상청구권의 시효기간을 달리한 주식법 제93조 제6항은 법개정(Restrukturierungsgesetz=Gesetz v. 9.12.2010 BGBl. I S. 1900)을 통해 2010.12.15.부터 발효되었는데 그 이전에는 구분 없이 시효기간은 5년이였다.

110) 연방대법원의 입장과 동일한 견해는 Bayer/Scholz, “Organhaftung wegen Nichtdurchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft”, NZG 2019, 207 f.

111) 반대로 감독이사회 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 추궁하는 것은 경영이사회 의 의무이며 감독이사회 이사에 대한 책임추궁의무 불이행으로 인한 경영이사회 이사의 손해배상책임의 시효는 감독이사회 이사의 손해배상책임이 시효로 소멸한 시점부터 진행된다. Bayer/Scholz, NZG 2019, 206.

사회에 대한 감시기능 및 회사이익 보호기능을 형해화시키기 때문에 적용되지 않는다고 보아야 하며(감독이사회 이사 개인의 이익보다 회사의 이익 우선), 심지어 감독이사회 이사는 형사처벌 가능성이 있는 자신의 의무위반이 있더라도 책임추궁을 할 의무가 있다고 보아야 한다.¹¹²⁾ 이 경우 불리한 사실을 자백할 의무가 없다는 원칙에 의해 보호받아야 하는 감독이사회의 기본권은 책임추궁과정에서 회사에 공개된 불리한, 형사처벌 가능성이 있는 사실의 형사상 이용금지 원칙에 의해¹¹³⁾ 보호될 수 있다.

IV. 결론

112) Bayer/Scholz, NZG 2019, 206 f.

113) BVerGE 56, 37, 50 f.=NJW 1981, 1431.

제3세션

프랑스 회사법의 최근 동향
- 회사의 목적과 주주행동주의 관련 논의를 중심으로 -

정 준 혁
(서울대학교 법학전문대학원)

《 목 차 》	
I. 서론	III. 주주행동주의에 관한 동향과 프랑스 금융감독청의 대응
II. 회사의 목적에 관한 프랑스 회사법의 동향	IV. 결론

I. 서론

1. 기업지배구조의 최근 동향과 프랑스 회사법의 변화

최근 기업지배구조 분야에서는 회사의 목적(corporate purpose), 이해관계자주의(stakeholderism), 기업의 환경, 사회, 지배구조(environment, society, governance; ESG), 책임 있는 자본주의(responsible capitalism), 지속가능한 금융(sustainable finance)¹⁾와 같은 논의들이 전세계적으로 활발하게 이루어지고 있다.²⁾ 아울러 헤지펀드 활동주의(hedge fund activism)가 미국뿐만 아니라 세계 여러 나라에서도 활발하게 이루어짐에 따라 단기성과주의(short-termism), 기관투자자의 스튜어드십(stewardship), 주주 관여(shareholder engagement)에 관한 논의들도 계속 큰 관심의 대상이 되고 있다.

이러한 현상의 원인으로는 여러 가지를 들 수 있겠지만 무엇보다도 2008년 세계금융위기

1) 지속가능한 금융(sustainable finance)이란 금융기관이 투자에 대한 의사결정 시 ESG에 대해 고려하여야 한다는 것을 의미한다. 예컨대 기후변화, 환경오염방지와 같은 환경 문제, 불평등 문제 해소, 노사관계, 인권과 같은 사회 문제, 경영구조, 경영진에 대한 보상, 의사결정 과정에서의 사회적, 환경적 문제에 대한 고려와 같은 지배구조 문제가 고려되어야 한다는 것이다. 특히 유럽연합(EU)은 지속가능한 경제활동과 프로젝트에 대한 장기투자를 증진한다는 정책목표 달성을 위해 금융정책을 어떻게 변화시킬 것인지에 대한 많은 연구와 검토를 하고 있다.

(https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance_en 2020. 10. 25. 최종접속)

2) 회사의 본질 및 ESG와 관련한 상세한 분석은 다음 최근 연구에 충실하게 정리되어 있다. 정경영, “회사란 무엇인가?”, 비교사법 제26권 제2호(2019), 신석훈, “최근 기관투자자의 ESG(Environment, Social, Governance) 요구 강화에 따른 회사법의 쟁점과 과제”, 상사법연구 제38권 제2호, 한국상사법학회(2019)

의 원인이 1970년대 말, 1980년대 초 이후 지속된 주주우선주의(shareholder primacy)와 헤지펀드를 비롯한 일부 주주들의 지나친 단기성과주의로부터 비롯된 것은 아닌가라는 문제 의식으로부터 비롯된다고 볼 수 있다.³⁾ 회사가 전세계 경제에서 차지하는 비중이 유래 없이 높아지고 있고, GAF(A(Google, Apple, Facebook, Amazon))로 대표되는 대형 IT기업들의 사회 전반에 걸친 과도한 영향력에 대한 우려가 커지고 있으며, COVID-19의 전세계적 유행(pandemic)을 거치면서 안전이나 환경 문제에 대한 관심이 높아진 것도 원인으로 들 수 있다. 이에 따라 기업들이 준법시스템(compliance system)을 갖추고 불법행위를 하지 않도록 유의하는 것을 넘어서, 사회, 환경 문제에 대해 적극적인 역할을 수행할 것이 기대되고 있다. 또한 이를 위해서는 단기성과주의를 추구하는 헤지펀드 등 일부 주주로부터 회사의 장기적 가치(long term value)를 보호해야 하고, 이를 위해서는 회사의 경영진이 주주행동주의에 대해 적절하게 대응할 수 있도록 하여야 한다는 주장으로까지 연결되고 있다.

프랑스에서도 회사의 목적과 주주행동주의에 대한 여러 논의가 이루어지고 있다. 특히 1980년대 이후 영미 투자자들의 프랑스 기업에 대한 투자가 증가하면서 주주우선주의나 단기성과를 중시하는 문화가 지나치게 강조되었다는 반성 하에, 회사의 목적에 대해 재검토해야 한다는 목소리가 높았다. 2019년에 제정된 기업의 성장과 변화에 관한 2019. 5. 22.자 2019-486 법률(La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises), 이른바 빠뜨법(Loi Pacte)은 프랑스의 기업 환경을 근본적으로 개선하여 프랑스 기업의 경쟁력을 높이고 그 과실이 사회 전반에 배분되어야 한다는 목표 하에, 민법, 상법, 노동법, 통화금융법, 조세일반법 등 여러 관련 법령들을 개정하였다. 회사의 목적과 관련한 민법 규정이 개정되었고, 주식회사의 이사가 의사결정을 함에 있어서 환경 및 사회적 문제를 고려하여야 한다는 내용도 상법에 추가되었다.

한편 프랑스의 금융시장청(Autorité des marchés financiers; AMF)은 2020년 4월 주주행동주의의 긍정적 효과를 인정하면서도 이로 인하여 회사나 시장에 부정적인 영향을 주고 다른 투자자들에게 손해가 발생하는 것을 방지하기 위하여 제도 개선이 필요하다는 내용의 금융시장청의 주주행동주의에 관한 보고서(communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial)⁴⁾를 발간하였다. 최근 프랑스 기업들에 대해 헤지펀드가 주주행동주의를 바탕으로 경영 관여를 하는 사례가 증가함에 따라 프랑스에서도 주주행동주의의 공과에 대한 관심이 증가하고 있다 보니 프랑스 자본시장 감독기관인 금융시장청의 위 보고서는 프랑스뿐만 아니라 다른 나라에서도 많은 주목을 하고 있다.⁵⁾

3) 이러한 주주우선주의는 밀턴 프리드만(Milton Friedman)이 1970년 뉴욕타임즈에 기고한 “기업의 사회적 책임은 그 이익을 증대하는 것에 있다(The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits)”라는 제목의 기고문으로부터 시작되었다는 것이 일반적이다. Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, N.Y. TIMES, Sept. 13, 1970, *Sunday Magazine*, 32; 신석훈, “최근 기관투자자의 ESG(Environment, Social, Governance) 요구 강화에 따른 회사법의 쟁점과 과제”, 상사법연구 제38권 제2호, 한국상사법학회(2019) 15면. 그러나 이에 대해서는 밀턴 프리드만의 위 기고문 때문에 미국 회사에 주주중심주의가 핵심 가치로 자리 잡은 것은 아니고 이보다는 1980년대 적대적 M&A가 미국에서 활발하게 진행됨에 따라 기업 사냥꾼으로부터 주주들을 보호하기 위해 주가를 높게 유지하는 것이 강조되고, 기관투자자들의 주식 보유 비율이 늘어남에 따라 주주의 이사회에 대한 발언권이 높아졌으며, 1990년대 주주와 경영자 간의 대리인 문제 해소를 위해 경영자들에 대한 스톡옵션 등 주식연계보상이 활발해짐에 따라 강화된 것이라고 보는 견해도 있다. Brian R Cheffins, “Stop Blaming Milton Friedman!,” University of Cambridge Faculty of Law Research Paper (2020).

4) Autorité des marchés financiers, “communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial” April 7, 2020

5) Lipton, Martin and Clark, Hannah “Reconsidering Activism in France” 2020.5.7. Harvard Law School Forum on Corporate Governance

2. 본 논문의 의의와 구성

우리나라에서도 최근 기업의 사회적 책임, ESG, 회사의 목적 등에 관한 관심이 높아지고 있고, 엘리엇 펀드의 삼성물산-제일모직 합병 및 현대자동차 지배구조 개편안에 대한 의견 표명과 관련 분쟁, KCGI의 한진칼 투자 및 관련 분쟁 등으로 인하여 주주행동주의에 대한 관심이 매우 높다. 이와 관련한 프랑스 회사법 및 금융법의 동향은 우리나라에서 관련 연구와 논의를 진행하는 데 있어서 많은 시사점을 줄 것으로 기대된다.

이에 따라 본 논문은 프랑스 회사법의 최근 변화, 그 중에서도 빠뜨법(Loi Pacte)과 관련한 회사의 목적에 관한 프랑스법의 개정 내용과 그 의미(II.)에 대해 검토하고, 다음으로 프랑스 금융시장청의 보고서 내용을 중심으로 주주행동주의에 관한 프랑스의 동향(III.)에 대해 살펴 보기로 한다.

II. 회사의 목적에 관한 프랑스 회사법의 동향

1. 회사의 목적 관련 논의

1.1. 세계적 동향⁶⁾

최근 회사의 목적과 관련한 국제 학계의 논의는 미국 내 주요 기업 경영자들의 모임인 비즈니스 라운드테이블(Business Roundtable; BRT)이 2019년 8월 발표한 “회사의 목적에 대한 성명서(Statement on the Purpose of a Corporation)”가 촉발시켰다고 하여도 과언이 아니다.⁷⁾ 위 성명서에 서명한 미국 주요 기업 181명의 CEO들은 고객, 근로자, 공급자, 지역사회 등 회사와 관련한 이해관계자들(stakeholders)에게 기여할 것과, 주주들에게 장기적 가치(long-term value)를 제공하고 주주들에 대한 투명성과 효율적인 참여 기회를 제공할 것을 약속하였다. 비즈니스 라운드테이블은 1997년 9월 “기업지배구조에 관한 성명서(Statement on Corporate Governance)”에서 기업의 주된 목적은 주주들에게 경제적 수익을 제공하는 데에 있고, 경영진과 이사는 주주에 대해 의무를 부담하며, 이사회가 주주의 이익과 이해관계자의 이익을 균형 있게 추구할 수는 없는 것이라고 발표한 바 있기 때문에,⁸⁾

(<https://corpgov.law.harvard.edu/2020/05/07/reconsidering-activism-in-france/> 2020. 10. 25. 최종접속)

6) 회사의 목적과 관련한 세계적 동향과 논의에 대해서는 다음 논문에 잘 소개되어 있다. Edward B Rock, “For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate Over Corporate Purpose” (2020). Fisch, Jill E. and Davidoff Solomon, Steven, “Should Corporations have a Purpose?,” U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-22, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 510/2020 (2020) 참조

7) Business Roundtable 2019. 8. 19.자 보도자료 (<https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans> 2020.10.25.최종접속)

이러한 극적인 변화는 많은 관심을 가져왔다.⁹⁾

이외에도 2018년 1월 세계적인 자산운용사인 블랙록(Blackrock)의 CEO인 Larry Fink가 회사가 사회적인 목표를 가져야 하고 재무성과뿐만 아니라 사회에 긍정적 기여를 해야 한다고 주장한 것이나,¹⁰⁾ 2020년 세계경제포럼(World Economic Forum, 일명 다보스 포럼)도 회사의 목적은 모든 이해관계자들이 공유하고 지속적인 가치 창출에 참여하는 것에 있다고 선언한 것도¹¹⁾ 회사의 목적에 대한 최근의 관심을 보여주는 좋은 예이다. 미국에서는 여러 정치인들이 이사회가 이해관계자들의 이익을 추구해야 한다든가, 근로자들의 회사 지분 보유 확대나 노동이사제를 통해 근로자들의 회사 경영 참여를 늘려야 한다든가, 주주중심주의가 기업제도의 지속성에 부정적인 외부효과를 가져오고 있다는 주장들을 한 바 있다.¹²⁾ 영국 학술원(British Academy)도 2019년 11월 “목적에 있는 사업을 위한 원칙(Principles of Purposeful Business)”이라는 보고서를 통해 사업의 목적은 인류와 지구의 문제들을 이익을 창출하면서 해결하는 데에 있지, 문제를 만드는 것으로부터 이익을 얻는 데에 있지 않다고 하면서, 회사의 목적이 회사의 이익보다 우선되어야 한다고 주장하였다.¹³⁾

이러한 주장이 법률안에 반영된 사례도 많다. 영국 2006년 회사법 제172조 제1항은 회사의 이사는 자신이 선의로 판단하기에 주주 전체의 이익을 위한 회사의 성공을 촉진하기 위한 것 같은 방향으로 행동해야 하고, 이에 있어서 예상되는 의사 결정의 장기적 효과, 회사 근로자의 이익, 공급자, 고객, 기타 당사자와 회사 간의 사업 관계 증진의 필요성, 회사의 영업이 사회와 환경에 미치는 영향, 최고수준의 사업활동 관련 명성의 유지, 주주간 공정한 행위의 필요성 등을 고려하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁴⁾ 미국에서도 1990년대부터 여러 주들이 이해관계자 조항(constituency statutes)을 도입하여, 이사가 주주의 이익뿐만 아니라 근로자, 고객, 채권자 등 이해관계자의 이익을 함께 고려하는 것을 허용하였다.¹⁵⁾ 아울러 2010년

8) Business Roundtable, “Statement on Corporate Governance” September 1997

9) Edward B Rock, “For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate Over Corporate Purpose” (2020). p. 2-3

10) BlackRock CEO Larry Fink’s January 2018 letter to CEOs (<https://www.blackrock.com/hk/en/larry-fink-ceo-letter> 2020.10.25. 최종접속)

11) Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution (<https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/> 2020.10.25. 최종접속)

12) 각각 엘리자베스 워렌 의원, 버니 샌더스 의원, 마르코 루비오 의원의 주장이다. 자세한 내용은 Edward B Rock, “For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate Over Corporate Purpose” (2020). p. 3-4

13) “The purpose of business is to profitably solve problems of people and planet, and not profit from causing problems.” The British Academy, “Principles of Purposeful Business” pp.8, 10. (<https://www.thebritishacademy.ac.uk/news/british-academy-proposes-principles-age-purposeful-business/> 2020.10.25. 최종접속)

14) Section 172(1) Companies Act 2006

15) 2019년 현재 33개주에서 위 조항을 도입하였다고 한다. 다만 미국 회사법에서 중요성이 가장 큰 델라웨어주는 이러한 이해관계자 조항을 도입하지 않았고, 따라서 이해관계자 조항이 미치는 영향은 제한적이라고 보는 것이 타당하다. 델라웨어주 법원의 입장에서 대해서는 다양한 의견이 있으나, 회사의 목적이 주주 이익 추구에 있다고 보는 것이 일반적이고, 다른 이해관계자의 이익을 추구하는 것은 그것이 주주의 이익과 합리적으로 관련성이 있는 경우에 한하는 것으로 보는 것이 일반적이다. Cleary Gottlieb, “Cleary M&A and Corporate Governance Watch” 2019.10.11.

(<https://www.clearymawatch.com/2019/10/outlaws-of-the-roundtable-adopting-a-long-term-value-by-law/#:~:text=Under%20Delaware%20law%2C%20directors%20owe,the%20question%20is%2C%20to%20whom%3F&text=Constituency%20statutes%2C%20which%20permit%2C%20but,time%20in%202033%20US%20jurisdiction>)

대 들어 여러 주들이 이익과 함께 사회적 가치를 추구하는 것을 목적으로 하는 Benefit Corporation 제도를 도입하기도 하였다.¹⁶⁾

이에 대해서는 회사의 목적에 관한 논의는 별다른 실익이 없다는 주장이 유력하고,¹⁷⁾ 이해관계자 주의를 강조할 경우 이사가 이해관계자의 이익을 추구한다는 명분하에 자신의 이익을 추구할 기회로 삼게 될 것이므로 이사가 이해관계자의 이익을 추구할 것은 기대하기 어렵다는 비판도 설득력을 갖는다.¹⁸⁾ 기술한 것처럼 회사의 목적이나 이해관계자 관련 논의들은 학자들보다는 정치인이나 경제인들의 논의로부터 촉발된 측면이 있다. 주주와 경영자 간의 대리인 문제 등 기존 기업지배구조 관련 이론에 다소 부합하지 않은 측면도 존재한다. 그렇지만 회사의 목적에 대한 재검토나 주주중심주의에 대한 비판적 고찰이 향후 몇 년간 기업지배구조와 관련한 논의에 큰 비중을 차지할 것만은 분명해 보인다.

1.2. 프랑스 회사법의 동향

전통적으로 프랑스에서는 전통적으로 기업이 일정한 사회적 역할을 수행할 것이 기대되었다.¹⁹⁾ 반면 영미에서는 금융자본에 의한 투자가 활발하게 이뤄졌고, 금융시장이 경제에 중요한 역할을 수행하였으며, 기업의 목표는 주주 이익을 최대화하는 데에 있다고 보았다. 그런데 1980년대 이후 영미 투자자들의 프랑스 기업에 대한 투자가 증가함에 따라, 프랑스에서도 기업의 사회적 역할을 강조하기보다는 재무적 성과를 중요하게 보는 분위기가 조성되었고, 단기실적주의나 주주중심주의가 기업의 운영에 큰 영향을 미치게 되었다.²⁰⁾ 실제로 1980년대부터 2000년대 초반까지 프랑스 회사법 개정 흐름을 보면, 경영진에 대한 감독 강화나 회사 정보 공개를 통한 투명성 증진과 같이 주주의 권한을 강화하는 내용들과, 회사가 발행하는 주식과 사채 내용의 다양화와 자유화와 같이 투자자들의 회사에 대한 투자를 용이하게 하는 내용들²¹⁾이 주된 개정 내용임을 확인할 수 있다.²²⁾

그러나 2000년대 들어서는 기업의 사회적 책임을 강화하는 입법들도 이루어졌다. 2001년 신경제규제에 관한 법률(La loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations

s 2020.10.25. 최종접속)

16) Benefit Corporation 제도는 메릴랜드주가 2010년 처음으로 도입하였다. 입법 내용에 따라 Benefit Corporation을 도입한 것으로 볼 것인지에 대한 이견이 있을 수 있으나 대략 40개주에서 이를 도입하였다고 본다. 델라웨어주도 2013 Delaware General Corporation Law의 개정으로 도입하였다.

17) Fisch, Jill E. and Davidoff Solomon, Steven, "Should Corporations have a Purpose?," U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-22, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 510/2020 (2020).

18) Bebhuk, Lucian A. and Tallarita, Roberto, The Illusory Promise of Stakeholder Governance. Forthcoming, Cornell Law Review, December 2020 (2020).

19) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, "L'Entreprise, objet d'intérêt collectif", Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.3

20) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, "L'Entreprise, objet d'intérêt collectif", Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.3

21) 기업재무 분야 프랑스 회사법의 개정 내용에 대해서는, 정준혁, "프랑스 회사법의 현대화에 관한 연구 - 주식회사의 자금 조달 방법을 중심으로", 서울대학교 대학원 법학석사 학위논문 (2006) 참조

22) 김건식 외, 21세기 회사법 개정의 논리, 제2판, 소화 (2008) 131쪽~140쪽

économiques; NRE)은 주권상장법인에 대해 온실가스 배출량을 비롯한 기업 활동의 사회적, 환경적 영향과 이에 대한 회사의 고려사항을 연간 보고서를 통해 공시할 것을 요구하였다.²³⁾ 2010년 제정된 그르넬 II법(loi Grenelle II)은 한 발 더 나아가 회사가 회사 활동의 사회적, 환경적 결과를 어떻게 고려할 것인지와 회사가 지속가능한 성장을 위해 어떠한 약속을 할 것 인지를 공개하도록 하였다.²⁴⁾ 기업의 사회적 책임을 의무화하지는 않았지만, 그 성과에 대해 공개하게 함으로써 기업들이 평판에 대한 부담을 갖게 하였다. 공개와 비난(dénoncer et blâmer)을 통한 자발적 준수 유도 방식이다.²⁵⁾

2008년 세계금융위기를 거치면서 프랑스에서도 지나친 주주중심주의나 단기실적주의, 금융 자본주의에 대한 비판이 점차 증가하였고, 프랑스 회사법이 지나치게 영미의 영향을 받은 것은 아닌지에 대한 반성이 이루어졌다. 이와 관련하여 2010년대에는 프랑스 민법 상 회사의 정의와 목적 관련 규정을 개정하여야 한다는 주장도 있었다.²⁶⁾²⁷⁾

그러다가 회사의 목적에 대한 논의가 본격화된 것은 엠마뉴엘 마크롱 대통령이 2017년 10월 15일 대통령 취임 이후 처음으로 가진 텔레비전 인터뷰에서 기업의 본질에 대한 자신의 생각을 언급하면서부터다.²⁸⁾ 마크롱 대통령은 기업은 단순한 주주들의 모임으로만 볼 수는 없고 사람들이 자본과 노동을 갖고 참여하는 장이기 때문에, 이러한 관점에서 기업의 철학을 근본적으로 개혁하기를 희망한다고 하였다. 또한 기업의 직원들이 회사의 이익에 관심을 가질 수 있어야 하고 기업의 성과가 좋을 때 직원들이 이에 대한 공정한 분배를 받기를 원한다고 발언하였다. 마크롱 대통령은 다가오는 2018년에는 기업이 무엇인지에 대한 논의를 진행할 것을 제안하였다.²⁹⁾

곧이어 프랑스 경제금융부(Le ministère de l'économie et des finances)는 2017년 10월 23일 프랑스 기업 환경을 전반적으로 개선하는 것을 주된 목적으로 “기업의 성장과 변화를 위한 행동 계획(Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, PACTE)”을 진행할 것을 밝혔다. 이에 따라 팩트법(loi Pacte)가 제정되고 회사의 목적에 관한 프랑스 민법과 상법이 개정되었는데, 그 제정 과정과 자세한 내용은 항을

23) 관련 법령의 자세한 내용 및 실제 운영 현황에 대해서는, André Jean-Marc, Husser Jocelyn, Barbat Guillaume, Véronique Lespinet-Najib, “Le rapport de développement durable des entreprises françaises : quelles perspectives pour les parties prenantes ?”, Management & Avenir, 2011/8 (n° 48), p. 37-56

24) Ministère des Affaires Etrangères, Bureau de l'ambassadeur chargé de la responsabilité sociale des entreprises, “The French legislation on extra-financial reporting : built on consensus” December 2012

25) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L'Entreprise, objet d'intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.4

26) Hurstel, Daniel, “La Nouvelle Économie sociale : Pour réformer le capitalisme”, Odile Jacob (2009); Giraud, Gaël et Renouard, Cécile, “Vingt propositions pour réformer le capitalisme”, Flammarion (2012).

27) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L'Entreprise, objet d'intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.5

28) “L'interview d'Emmanuel Macron minute par minute” Le Parisien, 2017. 10. 15. (<https://www.leparisien.fr/politique/suivez-l-interview-d-emmanuel-macron-en-direct-15-10-2017-7333131.php> 2020.10.22. 최종접속)

29) 프랑스 대통령궁 웹사이트 동영상 36분 20초 이하 부분 (<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/10/16/le-grand-entretien-interview-demmanuel-macron> 2020.10.22. 최종접속)

바꾸어 살펴본다.

2. 빠뜨법(loi Pacte)과 회사의 목적

2.1. 빠뜨법의 제정 과정

2.1.1. 제정 경과 및 관련 검토

빠뜨법은 프랑스 경제금융부(le ministère de l' économie et des finances)와 경제금융부 장관인 브르노 르 메흐(Bruno Le Maire)의 적극적인 추진의 결과로 제정되었다. 경제금융부는 1년 7개월 동안의 입법 과정에서 사회 각계각층의 의견을 반영하고, 전문가들에게 각종 연구를 의뢰하였다. 예를 들어 경제금융부는 각각 1인의 프랑스 하원 의원과 1, 2인의 기업 대표로 구성된 총 여섯 개의 분과에 여섯 개 주제에 관한 연구를 의뢰하였고 이에 따라 위 분과들은 2017. 12. 21. 담당 주제 별로 기업 문화 정립, 근로자의 회사 주식 보유 비율 확대, 프랑스 중소기업의 외국인 자금 조달 촉진 등 다양한 내용의 방안을 제시하였다. 지역 기업경쟁소비노동고용국(Les Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l' emploi (DIRECCTE))의 지역 사무소와 경제사회환경 심의회(conseil économique, social et environnemental) 등 정부 조직을 통한 의견 취합과, 정부 웹사이트를 통해 일반 국민으로부터도 다양한 의견을 취합하였다.

민간 연구소인 법조인 협회(le club des juristes)도 독자적으로 2018년 4월 “기업의 사회적 역할 - 개혁을 위한 고려 요소(Le rôle sociétal de l' entreprise - Eléments de réflexion pour une réforme)”라는 제목의 보고서를 발간하였다.³⁰⁾ 이 보고서는 기업인, 학자, 변호사 등 전문가들의 1년 간의 공동 작업을 통해 발간되었는데 기업의 사회적 역할에 관한 심도 있는 분석을 진행하였고, 기업의 역할에 대한 외국의 입법례와 실무를 바탕으로 기업이 사회 및 환경을 고려하여야 한다는 점을 민법이나 상법의 개정 등을 통해 입법화하고 일정한 목적을 추구하는 이른바 임무 기업(l' entreprise à mission)의 도입을 주장하였다. 해당 자료는 국내외 각종 사례를 충실하게 정리하였다는 점에서도 훌륭한 입법 참고 자료가 되었다.

이 중 가장 중요한 것은 2018년 3월 발간된 노따-세나흐 보고서(Rapport de Notat et Sénard)다. 프랑스 경제금융부 장관 등 여러 부처의 의뢰를 받아 작성된 이 보고서는 그 내용의 대부분이 빠뜨법에 반영되었고 프랑스 정부가 빠뜨법 제정을 추진함에 있어서 이론적, 실무적 뒷받침을 제공하였다는 점에서 회사의 목적과 관련한 프랑스 회사법의 변화와 논의를 이해함에 있어 매우 중요하다.

2.1.2. 2018년 노따-세나흐 보고서(Rapport de Notat et Sénard)

30) Club des Juristes, Le role societal de l'entreprise. Elements de reflexion pour une reforme (2018)

프랑스 경제금융부, 환경부, 법무부, 노동부 등 관련 부처의 장관들은 2018. 1. 11. 프랑스의 상급 노동단체인 프랑스 민주노동연맹(Confédération française démocratique du travail, CFDT)의 사무총장을 역임한 니콜 노타(Nicole Notat)³¹⁾와 당시 세계적인 자동차 타이어 제조사인 미슐랭(Michelin) 그룹의 CEO인 장 도미니크 세나흐(Jean-Dominique Sénard)³²⁾에게 기업과 이익 추구에 관한 보고서를 작성할 것을 의뢰하였다. 두 사람은 경영자, 공공기관 종사자, 이익집단, 시민단체, 교수 등 사회 각계각층 인사들과의 인터뷰와 전문가들의 도움을 바탕으로 불과 두 달 만에 2018. 3. 9. “기업, 공익의 목적(L’entreprise, objet d’intérêt collectif)”이라는 제목의 보고서(이하 “노타-세나흐 보고서”)를 작성하여 프랑스 정부에 제출하였다.

노타-세나흐 보고서는 최근 중시되는 단기실적주의나 주주중심주의는 프랑스가 회사 제도를 도입하면서 염두에 둔 상황은 아니라고 보았고, 따라서 민법과 상법의 개정이 필요하다고 보았다.³³⁾ 참고로 상사회사 제도는 1807년 상법에 도입되었는데 이때만 하더라도 국가가 회사의 목적을 심도 있게 검토하여 설립을 허가하는 경우에만 회사를 설립할 수 있었다. 그러다 1867년 회사 설립과 관련한 특허주의가 폐지되고, 회사의 행위는 그 목적 범위 내에서만 유효하다는 능력이외법리(*ultra vires doctrine*)가 점차 폐지됨에 따라 회사는 특별한 목적과 임무를 수행하는 별개의 인격을 갖는 기관이라는 관점보다는 주주들의 계획을 달성하기 위한 계약의 결합체에 불과하다는 관점이 설득력을 얻게 되었다.³⁴⁾

노타-세나흐 보고서는 기업이 공익 추구를 주된 목적으로 해야 할 것까지는 아니겠지만, 사회 문제나 환경 문제에 일정한 역할을 수행하는 것이 기대된다고 보았다. 기업은 발명, 혁신, 집단적 창조와 같은 역동성을 유지할 수 있는 경우에만 지속될 수 있고, 생태계 안에서 고객, 공급업체, 하청업체 등의 네트워크를 구성하고 경제와 사회에 기여하여야 한다는 것이다.³⁵⁾ 따라서 모든 기업들은 이익 추구라는 목적 이외에 나름의 존재의 이유(*raison d’être*)를 가져야 하는데, 이러한 존재의 이유는 이사회가 중요한 결정을 내림에 있어서 판단의 기준이 될 수 있고 회사가 추구해야 하는 장기적 목표를 제시하며 단기실적주의 주장을 배척함에 있어서도 유용한 역할을 할 수 있다고 보고서는 주장하였다.³⁶⁾

이에 따라 노타-세나흐 보고서는 회사가 이익 추구하고 사회 문제 및 환경 문제에 대한 역할 수행이라는 두 가지 목적의 조화를 추구해야 하고, 회사가 사회적 책임을 부담한다는 것을 법률에 규정할 것을 제안하였다. 이에 따라 보고서는 민법 개정을 통해 회사가 사회 및

31) ESG 성과 평가 회사인 Vigéo Eiris의 창업자이자 현 이사회 의장이다.

32) 현재는 자동차 제조 회사인 르노(Renault) 그룹의 이사회 의장직을 수행하고 있다.

33) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L’Entreprise, objet d’intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l’Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.3

34) Segrestin, Blanche, Armand Hatchuel, and Kevin Levillain. “When the Law Distinguishes between the Enterprise and the Corporation: The Case of the New French Law on Corporate Purpose.” *Journal of Business Ethics* (2020), p.4

35) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L’Entreprise, objet d’intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l’Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.4

36) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L’Entreprise, objet d’intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l’Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.4

환경 문제를 고려하여야 한다는 점을 명시할 것, 이사회가 회사의 존재 이유를 제시하고 의사 결정 시 회사의 사회 및 환경 문제를 고려할 것, 기업의 사회적 책임(CSR)을 강화하고 이해관계자 위원회를 설치하는 것을 고려할 것, 회사 규모에 따라 노동 이사의 수를 늘릴 것, 민법 제1835조 개정을 통해 회사가 정관에 회사 존재의 이유를 기재할 수 있도록 할 것, 일정 요건을 갖출 경우 사회적 기업의 일종인 임무 기업(l'entreprise à mission)으로 인정받을 수 있는 근거를 법률에 둘 것 등의 권고사항을 제시하였다. 이러한 권고사항들은 모두 빠뜨법을 통해 입법 되었다.

2.1.3. 2019년 4월 빠뜨법의 제정과 내용

이러한 절차를 거쳐 프랑스 정부는 2018. 9. 5. 법안을 프랑스 의회에 제출하였고, 2019. 4. 11. 프랑스 상원과 하원의 승인으로 입법화 되었다. 법률의 공식 명칭은 “기업의 성장과 변화에 관한 2019. 5. 22.자 2019-486 법률(La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises)” 인데, 경제금융부가 제안한 계획안의 약칭을 따서 통상 빠뜨법(loï PACTE)이라 불린다.

빠뜨법은 자율적 기업, 혁신적 기업, 공정한 기업의 세 가지 목표를 달성하기 위한 다양한 내용을 담고 있다. 회사설립 절차 간소화 및 비용 절감, 일정 규모 이하 회사에 대한 감사 선임 의무 면제, 기업 도산 절차의 신속화, 퇴직 연금제도의 개편, 지배주주의 소수주주에 대한 매도청구권 행사를 위한 지분 요건의 감소(95%에서 90%로 감소), 프랑스형 표준 스왑 및 파생계약의 제정, 소액공모에 대한 투자설명서 제출의무 면제, ICO 관련 법제 정비, 가상자산서비스 업자에 대한 규율, 비상장회사에 한하여 다중의결권 주식 발행의 허용,³⁷⁾ 회사 이익 개념의 도입과 환경, 사회 문제에 관한 고려, 회사 존재 이유의 정관 기재 허용, 임무기업 제도의 도입, 근로자를 대표하는 노동이사 수의 증가, 임원 보수 공개 강화, 외국인 투자에 대한 제한 등 프랑스 정부의 권한 강화 등 기업 환경 전반에 걸쳐 중요한 사항들을 다루고 있다.

이처럼 빠뜨법은 매도청구권 행사 관련 지분요건 감축, 다중 의결권 주식의 발행, 노동이사 수의 증가와 같이 회사법적으로도 의미 있는 내용을 많이 담고 있지만, 이에 대한 연구는 다음 기회로 미루도록 한다. 이하에서는 노파-세나흐 보고서에 주로 다룬 회사의 목적과 관련한 사항, 즉 ① 회사의 이익 및 회사 의사결정 시 사회, 환경적 영향에 대한 고려 의무 규정, ② 회사 존재의 이유를 정관에 규정할 수 있도록 한 규정, ③ 임무기업 제도의 신설을 중심으로 검토한다.

2.2. 회사의 목적과 관련한 빠뜨법의 주요 내용

2.2.1. 회사의 이익과 사회·환경적 영향에 대한 고려

37) 빠뜨법 이전에는 일정한 요건 하에 1주 당 두 개의 의결권을 제공하는 복수의결권부 주식만 허용되었으나, 빠뜨법을 통해 비상장회사의 경우 1주 당 두 개를 초과하는 의결권을 갖는 주식의 발행도 가능해졌다.

(1) 주요 내용

빡뜨법을 통해 민법 제1833조 제2문이 신설되었다(밑줄 부분). 정확한 전달을 위해 원문을 그대로 옮긴다.

Article 1833 Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.

La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.

제1833조 모든 회사는 적법한 목적을 가져야 하고, 주주 공동의 이익을 위하여 구성되어야 한다.

회사는 회사 활동의 사회적 환경적 영향을 고려하여 회사의 이익을 위해 경영되어야 한다.

프랑스 상법의 이사회 관련 규정도 위 내용을 반영하여 개정되었다. 즉 이사회(conseil d'administration)는 회사 활동의 방향을 결정하고 그 집행을 감시하여야 하는데, 이 때 이사회는 회사의 이익에 부합하도록 결정하고 회사 활동의 사회적, 환경적 영향을 고려하여야 한다(상법 제L225-35조 제1항). 복층이사회 구조의 경영이사회(directoire)에도 같은 내용이 규정되었다(상법 제L225-64조 제1항).

민법 제1833조 제2문은 회사가 회사의 이익을 위해 경영되어야 한다는 점과 회사의 경영과 관련하여 사회적, 환경적 영향을 고려함을 규정하고 있다. 그 의미에 대해 순서대로 살핀다.

(2) 회사의 이익(intérêt social)

위 민법 제1833조는 회사가 주주나 다른 당사자의 이익이 아닌 회사의 이익(intérêt social)을 위해 경영되어야 함을 명시하고 있다. 프랑스 정부가 제출한 입법 제안서에 의하면, 위 조항은 회사가 주주 등 특정 당사자의 이익을 위해 경영되는 것이 아니라 회사 스스로의 이익을 위해 경영되어야 한다는 점을 분명히 하는 데에 그 의의가 있다고 한다.³⁸⁾ 다만 회사의 이익이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해서는 법이 규정하고 있지 않기 때문에, 이에 대해서는 기존 판례의 해석에 맡길 수밖에 없다. 이와 관련하여 입법 제안서는 회사의 이익이라는 것은 각 회사이나 해당 결정의 개별적인 상황 등에 따라 다를 수밖에 없기 때문에 유연한 해석이 가능하여야 하고 자칫 이를 규정할 경우 회사의 경영에 지나친 제약이 있을 수 있다고 보았다.³⁹⁾

38) EXPOSÉ DES MOTIFS, N° 1088 ASSEMBLÉE NATIONALE, “PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises” p.58

39) EXPOSÉ DES MOTIFS, N° 1088 ASSEMBLÉE NATIONALE, “PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises” p.58

이와 관련하여 회사의 이익(intérêt social)이 무엇을 의미하는지를 정리할 필요가 있다. 회사의 이익 개념은 합명회사나 유한회사 업무집행사원의 권한 행사 범위(상법 제L.221-4조, 제L.223-18조), 회사 재산이나 신용의 남용(상법 제L.241-3조, 제L.242-6조) 등의 규정에서 사용된다. 예를 들어 제L.242-6조는 주식회사의 대표이사, 총무이사 및 이사가 개인적인 목적이나 직간접적으로 이해관계를 가진 다른 회사의 이익을 추구하기 위해 회사의 이익(intérêt social)에 반하는 것을 알면서 회사의 재산이나 신용을 악의를 갖고 사용한 경우에는 형사처벌의 대상이 된다고 규정하고 있다.

이외에 다수결의 남용(abus de majorité) 등과 같이 판례에 의하여 인정되기도 한다.⁴⁰⁾ 다수결의 남용이란 주주총회 결의가 ① 다수와 주주에게 이익을 주거나 소수와 주주에게 손해를 입힐 목적으로만 이루어지고 ② 이러한 결정 회사의 이익에 반하는 경우를 의미한다. 다수결의 남용에 해당하는 경우 주주총회 결의는 권리남용(excès de pouvoir)에 해당하여 무효가 될 수 있다. 예를 들어 프랑스 법원은 민사회사에서 아무런 정당한 목적 없이 소수와 주주가 보유하는 지분을 희석시킬 목적으로만 증자를 한 경우 회사의 이익이 없는 것으로 보았고,⁴¹⁾ 두 회사가 양 회사를 지배하는 지배주주의 이익만을 위해 매매를 한 경우 역시 회사의 이익이 존재하지 않는 것으로 보았다.⁴²⁾

이처럼 프랑스 판례는 사안의 구체적 성격에 따라 회사의 이익 개념을 판단하지만, 기본적으로 회사의 이익은 주주의 이익이나 다른 이해관계자의 이익과 다른 것으로 본다.⁴³⁾ 이와 관련하여 상장회사 이사회에 관한 1995년 비에노 I 보고서(rapport Viennot I)는 회사의 이익을 법인 그 자체의 이익, 즉 독립적인 경제 주체로서 자신의 고유 목적을 추구하는 기업의 이익으로 정의하면서, 이는 주주, 근로자, 국세청을 포함한 채권자, 회사의 공급자 및 고객의 이익과 구분되는 것으로 보았다. 회사의 이익은 기업의 번영과 지속성을 보장할 수 있는 주주와 이해관계자들의 공동의 이익을 의미하는 것으로 보았다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 백트법은 기존 판례가 인정하는 바와 같이 회사가 이러한 회사의 이익을 추구해야 함을 상법에 명시적으로 규정하였다고 보면 된다.

(3) 사회적 환경적 영향에 대한 고려

프랑스 정부의 입법 영향 평가 보고서에 의하면 회사의 사회적, 환경적 책무는 ① 사회 문

40) Germain M, Magnier V, Ripert G, Roblot R. Traité de droit des affaires: Les sociétés commerciales, Tome 2, 22 édition, LGDJ Lextenso; (2017) p.409

41) Cass, civ. 3°, 8 juill. 2015, n° 13-14348, Dr. des soc. 2015, 190, note MORTIER, RTD com. 2015, 533, obs. CONSTANTIN; Cass. com., 24 mai 2016, n° 14-28121, Dr. des soc. 2016, F 160, note MORTIER (vente entre sociétés profitant aux majoritaires des deux sociétés)

42) Cass, civ. 3°, 8 juill. 2015, n° 13-14348, Dr. des soc. 2015, 190, note MORTIER, RTD com. 2015, 533, obs. CONSTANTIN; Cass. com., 24 mai 2016, n° 14-28121, Dr. des soc. 2016, F 160, note MORTIER (vente entre sociétés profitant aux majoritaires des deux sociétés)

43) ÉTUDE D'IMPACT, "PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises" p.538

44) Rapport « Le Conseil d'Administration des Sociétés cotées » (rapport Viennot I, 1995)

45) 참고로 민법 제1833조 1문에 등장하는 사원 공동의 이익(l'intérêt commun des associés)이란 사원이나 주주 간의 평등한 대우를 의미한다. Germain M, Magnier V, Ripert G, Roblot R. Traité de droit des affaires: Les sociétés commerciales, Tome 2, 22 édition, LGDJ Lextenso; (2017) p.52

제 및 환경 문제와 관련한 각종 법령을 회사가 준수하게 하는 방법과 ② 회사가 회사의 사회 문제 및 환경 문제에 대한 고려 및 관련 조치를 공개하게 하는 두 가지 방법을 통해 준수하게 하고 있다.⁴⁶⁾ 민법 제1833조 및 상법의 관련 규정은 여기에서 더 나아가 회사의 이사가 의사결정을 함에 있어 사회적, 환경적 요소를 고려할 것을 요구한다.⁴⁷⁾

여기서 주의할 것은 회사의 이사들은 회사 의사결정 과정에서 사회적, 환경적 요소를 고려하는 절차를 거치면 되는 것이지, 어떠한 사회적, 환경적 목표를 반드시 추구해야 하는 것은 아니라는 점이다.⁴⁸⁾ 사회적, 환경적 목표는 회사의 이익에 반하지 않는 범위 내에서만 고려할 수 있음도 물론이다. 이 규정으로 인하여 회사의 이익이 이해관계자의 이익을 추구하는 것으로 해석되어서도 아니 된다.⁴⁹⁾

(4) 위반 시 효과

회사가 민법 제1833조 제2문을 위반한 경우 그 효과는 무엇인가? 먼저 민법 제1844-10조는 회사가 제1833조 제2문을 위반하였다고 하여 회사의 무효 사유가 되지 않는다는 점을 명확히 하고 있다(제1항). 아울러 회사가 이를 위반하여 한 행위도 대외적으로 무효가 되지 않는다는 것을 규정하고 있다(제3항). 프랑스 민법 상 회사는 법률에 규정된 사항 및 계약의 일반 무효 원인에 의해서만 무효가 될 수 있고, 회사의 행위도 강행규정 위반이나 계약의 일반 무효 원인에 의해서만 무효가 될 수 있는데, 회사의 이익과 사회적, 환경적 영향의 고려와 관련한 제1833조 제2문의 위반은 여기에 해당하지 않는다.

이사회 이사나 경영이사회의 위원이 회사에 관한 의사결정을 함에 있어 회사의 이익을 추구하지 않거나, 사회적, 환경적 영향을 고려하지 않은 경우에는 어떠한 책임을 부담하는가? 먼저 이사가 회사의 이익을 추구하지 않는 경우에는 이사가 이로 인하여 발생한 손해에 대해 배상책임을 부담할 수 있다. 아울러 앞서 검토한 바와 같이 이사는 의사결정 과정에서 사회적, 환경적 영향에 대해 고려를 하면 되므로, 이사가 해당 절차를 거친 이상 사회적, 환경적 이익을 추구하지 않았다는 이유로 책임을 부담하지는 않는다.

만일 회사의 이익과 사회적, 환경적 이익이 충돌하는 경우에는 어떻게 하여야 하는가? 이사는 해당 의사결정이 관련 법령에 위반되지 않는 한 회사의 이익을 추구해야 한다. 민법 제1833조 제2문이 있다고 하여 회사의 이사가 회사 이익을 희생하여 사회적, 환경적 이익을 추구하는 것이 허용되지 않는다.⁵⁰⁾

46) ÉTUDE D'IMPACT, "PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises" p.538

47) EXPOSÉ DES MOTIFS, N° 1088 ASSEMBLÉE NATIONALE, "PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises" p.58, 59

48) ÉTUDE D'IMPACT, "PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises" p.544

49) ÉTUDE D'IMPACT, "PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises" p.547

50) ÉTUDE D'IMPACT, "PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises" p.546, 547

2.2.2. 회사 존재의 이유(raison d' être)

(1) 주요 내용

빡뜨법은 민법 제1835조를 개정하여 회사가 정관에 존재의 이유를 기재할 수 있도록 하였다(밑줄 부분). 역시 정확한 전달을 위해 원문을 그대로 옮긴다.

Article 1835 Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité.

제1835조 정관은 서면으로 작성되어야 한다. 정관은 각 사원의 출자, 형태, 목적, 상호, 본사 주소, 자본금, 회사의 존속 기간, 회사 행위의 방식을 정해야 한다. 정관에는 회사가 도입하고 회사가 활동을 수행함에 있어서 자원을 분배하는 것과 관련한 원칙으로 구성된 존재의 이유를 기재할 수 있다.

회사의 존재 이유에 관한 민법 제1835조 역시 노파-세나흐 보고서의 제안에 따른 것이다. 프랑스 정부의 입법 제안서는 노파-세나흐 보고서의 관련 내용⁵¹⁾을 그대로 인용하면서, 회사 존재의 이유는 회사의 목적을 달성하기 위해 필수적인 사항을 규정한 것으로 볼 수 있고, 회사가 중요한 의사결정을 함에 있어서 기준을 제시하는 역할을 할 수 있다고 본다.⁵²⁾ 회사의 이사들은 회사가 추구하여야 하는 장기적 가치가 무엇인지를 뚜렷이 하여 의사결정을 할 수 있게 된다. 회사가 반드시 존재의 이유를 정관에 도입하는 것은 아니지만, 이를 도입하면 회사 경영의 방향성을 제시하는 기능을 수행하게 된다는 것이다.

(2) 도입 현황

프랑스 회사들은 실제로 여러 다양한 존재의 이유를 정관에 규정하고 있다. 예를 들어 타이어 제조 회사인 미슐랭은 “전진하기 위한 최적의 수단을 제공하는 것” 을, 프랑스의 철도 회사인 SNCF는 “각자에게 지구를 보호하면서 쉽게 이동할 수 있는 자유를 제공하는 것” 을, 회계법인인 PwC는 “우리 사회 신뢰의 구축” 을 존재의 이유로 규정하고 있다. 이외에도 국영 전력 회사인 EDF는 “전력과 혁신 기술을 통해 지구 환경 보전, 웰빙과 발전과

51) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L’Entreprise, objet d’intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l’Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.49, 50

52) EXPOSÉ DES MOTIFS, N° 1088 ASSEMBLÉE NATIONALE, “PROJET DE LOI relatif à la croissance et la transformation des entreprises” p.59

조화를 이루는 이산화탄소 없는 중립적인 에너지 미래의 건설”을, 수자원 처리 및 에너지 기업인 베올리아는 “UN이 정의한 지속가능한 개발 목표를 결연히 준수하면서, 모두에게 더 나은 그리고 더 지속가능한 미래를 달성하기 위해 인류의 발전에 기여하는 것”을 존재의 이유로 제시하고 있다.

2.2.3. 임무 회사(entreprise à mission) 제도의 도입

(1) 주요 내용

빡프법은 상법 제L.210-10조부터 제L.210-12조를 신설하여 임무 회사(entreprise à mission) 제도를 도입하였다. 회사는 다음 일정한 요건을 갖추면 임무 회사로 인정받아 그 사항을 등기부에 등록하고 그 명칭을 사용할 수 있다(상법 제L.210-10조). 만일 아래 요건 중 하나를 준수하지 않거나, 독립된 제3자가 해당 회사가 스스로 정한 사회적, 환경적 목표를 준수하지 않고 있다고 결정하는 경우에는 임무 회사 지정이 취소될 수 있다.

- ① 민법 제1853조에 따라 존재의 이유를 정관에 기재할 것
- ② 회사의 사업 범위 내에서 회사가 추구하는 임무인 하나 또는 복수의 사회적, 환경적 목표를 정관에 규정할 것
- ③ 임무의 수행을 평가하는 절차를 정관에 규정할 것. 특히 회사의 임무를 감시하는 독점적 권한을 보유하고 경영보고서에 첨부되는 연간보고서를 작성하는 역할을 하는, 회사의 기관으로부터 독립되고 적어도 1인 이상의 근로자가 참여하는 임무 위원회(comité de mission)를 설치할 것⁵³⁾
- ④ 독립된 제3자가 임무 위원회가 작성하는 연간보고서를 검토하고 그 의견을 연간보고서에 첨부할 것
- ⑤ 회사가 상업등기소에 임무 회사로서의 지위를 신고할 것

임무 회사로 지정된다고 하여 회사에 어떠한 법률적, 세무적 혜택이 제공되는 것은 아니다. 그렇지만, 이러한 일종의 인증 제도를 통해 회사의 평판에 긍정적인 영향을 제공하고, 일정한 임무를 추구하는 회사들이 투자자나 소비자의 선택을 받도록 하는 것이 제도의 목표이다. 또한 법률에서 정한 일정한 요건을 갖추어야 하고 독립된 제3자가 임무의 준수 여부를 감독하여 위반 시 임무 회사 등록이 취소되므로 실제 사회적 목적을 추구하지 않으면서 평판 제고이나 마케팅 수단으로 사회적 기업임을 표방하는 이른바 그린워싱(greenwashing)을 방지하는 효과도 있다.⁵⁴⁾

53) 단 연간 50인 미만 고용 회사의 경우 위원회를 설치하는 대신 근로자 1인을 지정하여 감시 역할을 수행하게 할 수 있다(상법 제L.210-12조).

54) Segrestin, Blanche, Armand Hatchuel, and Kevin Levillain. "When the Law Distinguishes between the Enterprise and the Corporation: The Case of the New French Law on Corporate Purpose." *Journal of Business Ethics* (2020) p.13

참고로 임무 회사 제도가 미국의 Benefit Corporation, 영국의 Community Interest Company, 벨기에의 Société à finalité sociale 등 외국의 제도를 참조한 것은 사실이나, 그 실제 적용이나 효과에는 차이가 있다. 예를 들어 미국의 경우 델라웨어주법 하에서 이사가 주주에 대해 신인의무를 부담한다고 보는 것이 일반적이는데, Benefit Corporation에 해당하는 경우 주주의 이익 이외에 사회적 목적을 추구하는 것도 허용되고, 이러한 점에서 이사들이 신인의무 위반과 이에 따른 책임에 대한 우려 없이 사회적인 목적을 추구할 수 있다는 장점이 있다. 반면 프랑스에서는 이사가 주주가 아닌 회사의 이익을 추구하여야 하고, 회사의 사결정에 있어서 사회적, 환경적 영향을 고려하여야 하므로, 사회적 목적을 추구하는 것이 회사의 이익에 반하지 않는 한 이로 인하여 책임을 부담하지는 않는다.

(2) 도입 현황

2020년 1월 2일 임무 회사 관련 시행령(Décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission)이 시행됨에 따라 실제 여러 회사들이 임무 회사 자격을 취득하였다.⁵⁵⁾ 대기업 중에서는 세계적인 식품회사인 다논(Danone)이 2020년 6월 유로넥스트 파리 증권거래소의 CAC40 지수에 속한 회사 중 처음으로 임무 회사 자격을 취득하였다.⁵⁶⁾

Ⅲ. 주주행동주의에 관한 동향과 프랑스 금융감독청의 대응

1. 주주행동주의 논의의 동향

1.1. 프랑스에서의 동향

프랑스에서도 주주행동주의 헤지펀드들의 활동이 점차 활발해지고 있다. 2017년에는 방산 업체인 Safran이 TCI fund의 공격을, 2018년에는 세계적인 식품 회사인 Danone이 Third Point로부터 경영개선 요청을 받았다. 2020. 2.에는 프랑스 금융시장청이 엘리엇 펀드가 2015년 프랑스 물류회사인 Norbert Dentressangle의 지분을 매입하는 과정에서 보유 현황을 허위로 보고하고 금융시장청의 조사를 방해하였다는 이유로 2000만 유로의 벌금을 부과하였다.⁵⁷⁾ 이는 금융시장청이 부과한 역대 최고 벌금액과 같은 액수이기도 하다.⁵⁸⁾ 최근 몇

55) Les Echos “Ces sociétés qui se convertissent en entreprises à mission” 2020. 1. 16.자 기사 (<https://www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/ces-societes-qui-se-convertissent-en-entreprises-a-mission-1163357#:~:text=Des%20dizaines%20de%20soci%C3%A9t%C3%A9s%20fran%C3%A7aises,domicile%20pour%20les%20personnes%20%C3%A2g%C3%A9es.> 2020. 10. 25. 최종접속)

56) LCI, “L’entreprise à mission, c’est quoi ?” (<https://www.lci.fr/emploi/l-entreprise-a-mission-c-est-quoi-2166197.html> 2020.10.25. 최종접속)

57) 자세한 사실관계는 다음과 같다. 미국의 물류회사인 XPO는 2015. 4. 프랑스 물류회사 Norbert Dentressangle의 지분 67%를 약 30억 유로에 매입하였다. XPO는 잔여 지분 33%를 취득하기 위한 공개 매수 절차를 진행하기로 했다. 그런데 엘리엇 펀드는 인수 소식이 전해지자 엘리엇 펀드는 Norbert

년간은 매년 5개에서 10개 정도의 프랑스 회사가 주주행동주의 펀드로부터 주주제안 등을 받고 있다고 한다.

프랑스 하원 금융위원회 위원장인 에릭 뵘뮈르(Eric Woerth)와 하원 의원 벤자맹 디릭스(Benjamin Dirx)가 하원의 의뢰를 받아 2019년 10월 2일 하원 금융위원회에 제출한 보고서에 의하면, 프랑스에서도 주주행동주의는 미국이나 영국계 헤지펀드에 의하여 주도되고 있고 프랑스 국적의 펀드 중에서는 CIAM⁵⁹⁾을 제외하고는 크게 눈에 띄지 않는 상황이다.⁶⁰⁾ 미국 주주행동주의 펀드들이 미국 시장에서 아시아나 유럽 시장으로 활동 범위를 확대하고 있다는 것이 위 보고서의 설명이다.⁶¹⁾

단기성과주의(court-termisme)의 문제점에 대해서도 많은 논의가 이루어지고 있다. 노파-세나흐 보고서도 일부 투자자들에 의해 단기성과주의가 지나치게 강조되고 있다고 평가하고, 단기성과주의에 대해 부정적인 입장을 명확히 하고 있다.⁶²⁾ 이 보고서는 관련 연구결과를 인용하면서 단기성과를 추구하는 기관투자자의 주식보유 비율이 높은 회사일수록 연구개발(R&D)에 투입되는 자금의 수준이 그렇지 않은 회사보다 낮고,⁶³⁾ 단기성과주의를 추구할 경우 회사가 공동화될 수 있다고 본다.⁶⁴⁾ 앞서 본 바와 같이 노파-세나흐 보고서가 회사가 회사의 이익을 추구해야 한다는 것을 민법에 규정할 것을 제안한 것도 이러한 단기성과주의에 대한 반발로부터 비롯되었다.

2019년 4월에는 프랑스 경제금융부 장관인 브루노 르 메르(Bruno Le Maire)가 회사의 가치를 파괴하는 행동주의는 정부가 추구하는 새로운 자본주의와 어울리지 않는다고 하면서 행동주의 펀드들의 공격을 막을 수 있는 새로운 국가 차원의 제도를 고려하고 있다고 발언한 바 있다.⁶⁵⁾

Dentressangle 지분을 취득할 수 있는 파생계약을 통해 대상회사 지분을 9.06%까지 매집하였다. 2015. 7. 엘리엇 펀드는 Norbert Dentressangle 주식을 취득하기로 결정했고, 그 결과 XPO는 소수주주 축출에 필요한 지분 95%를 확보하는 데에 실패하였다. 엘리엇 펀드는 XPO와의 오랜 협상 끝에 2015. 11. 보유 Norbert Dentressangle 지분을 XPO의 인수가격 대비 20%의 프리미엄을 받고 매각하였다.

58) La Tribune, “Amende record requise par l’AMF contre le fonds activiste Elliott” 2020.

(<https://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/amende-record-requise-par-l-amf-contre-le-fonds-activiste-elliott-839176.html> 2020.10.25. 최종접속)

59) Charity Investment Asset Management (CIAM). 주로 상장주식에 투자하는 펀드로서 2010년 안느 소피 앙들로(Anne Sophie Andlau)와 까트린 베르잘(Catherine Berjal)에 의해 설립되었다. 2018년에는 프랑스 재보험사인 SCOR의 이사회가 Covéa의 인수제안을 거부하자 CIAM은 0.94%의 SCOR 보유 주식을 바탕으로 SCOR 이사회에 인수제안을 받아들일 것을 제안한 바 있다. Woerth, Éric et Dirx, Benjamin, “Rapport d’information relative à l’activisme actionnarial”, N° 2287 Assemblée Nationale, 2 Octobre, 2019 pp.22-24

60) Woerth, Éric et Dirx, Benjamin, “Rapport d’information relative à l’activisme actionnarial”, N° 2287 Assemblée Nationale, 2 Octobre, 2019 p.18

61) Woerth, Éric et Dirx, Benjamin, “Rapport d’information relative à l’activisme actionnarial”, N° 2287 Assemblée Nationale, 2 Octobre, 2019 p.16

62) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L’Entreprise, objet d’intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l’Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.3

63) Brossard, O., Lavigne, S., Sakiņ, M. (2013), “Ownership structures and R&D in Europe : the good institutional investors, the bad and ugly impatient shareholders”, Industrial and Corporate Change, 22 (4), p. 1031-1068.

64) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L’Entreprise, objet d’intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l’Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.19

1.2. 법조인 협회(le club juristes)의 주주행동주의 보고서

민간 연구소인 법조인 협회(le club des juristes)도 독자적으로 2019년 11월 “주주행동주의(Activisme Actionnarial)” 이라는 보고서를 통해 주주행동주의 펀드들의 현황과 전략을 정리하고 제도 개선을 위한 10가지 권고 사항을 발표한바 있다. 해당 보고서는 금융시장청 청장을 역임한 미셸 프하다(Michel Prada)의 주도 하에 교수, 변호사 등 전문가들에 의해 작성되다 보니 많은 주목을 받았다. 해당 보고서는 주주행동주의 투자자들의 활동에 대한 투명성을 강화할 것, 발행회사와 투자자 간의 대화를 강화할 것, 금융시장청(AMF)이 부당한 행위에 개입할 수 있는 권한을 확대할 것을 권고하고 있다.

보다 구체적으로는 주주행동주의 투자자가 보유 주식뿐만 아니라 이와 관련하여 보유하는 각종 증권, 파생상품, 계약 등 커버리지를 공개할 것, 주주행동주의 투자자가 언론 등을 상대로 각종 활동을 하는 것은 사실상 투자 권유에 해당하므로 그 근거를 백서를 통해 공개하고 특히 관련하여 이해상충은 없는지를 명확히 공개할 것, 투자자의 스포지션을 충분히 공개할 것 등의 사항이 포함되어 있다. 발행회사에게 검토할 시간을 제공하기 위해, 주주행동주의 투자자가 언론 등에 회사의 상황 및 전략에 대해 공개하기 이전에 투자자와 발행회사가 대화를 하게 할 것도 권고하고 있고, 발행회사와 주주들이 의견을 나눌 수 있는 공식적인 장을 마련하자는 것도 권고 사항 중 하나이다. 나아가 empty voting을 방지하기 위해 빌린 주식에 대한 의결권을 제한하는 것을 검토하고, 주식대차거래 관련 계약에 의결권 제한 조항을 넣을 것을 권고하는 등 상당히 강력한 권고 사항도 담고 있다.

2. 금융시장청의 주주행동주의에 관한 보고서(communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial)

이러한 문제의식을 바탕으로, 프랑스 금융시장청(AMF)은 2020년 4월 20일 주주행동주의에 관한 보고서(communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial)를 발간한다.⁶⁶⁾ 아직은 보고서의 형태이기 때문에 법적인 효력을 갖지는 않지만 자본시장 감독을 담당하는 금융시장청의 의견이 담겨 있고, 금융시장청이 관련 규정을 개정할 것을 예고하였다는 점에서 프랑스뿐만 아니라 여러 나라의 주목을 받았다.

위 보고서는 주주행동주의가 회사의 가치를 증대하고 기업지배구조를 개선하며 소액주주의 권한을 강화하는 데에 긍정적인 역할을 한다고 보면서도, 경우에 따라서는 발행회사의 안정성을 해치고 시장의 정상적 작동을 저해하며 궁극적으로 투자자들에게 손해를 줄 수 있다고 보았다.⁶⁷⁾ 금융시장청은 그 원인을 일부 투자자들이 보유하는 포지션, 주주행동의 의도 및

65) Reuters, “La France prépare sa riposte aux fonds activistes, dit Le Maire” 5 Avril 2019 (<https://fr.reuters.com/article/france-fonds-activites-le-maire-idFRKCN1RH1L2-OF RTP> 2020. 10. 25. 최종접속)

66) Autorité des marchés financiers, “communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial” April 7, 2020

67) Autorité des marchés financiers, “communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial” April 7, 2020 p.4

이해상충 여부를 충분히 공개하지 않고, M&A와 같이 회사 경영에 있어 중요한 순간에 개입하여 회사의 안정성을 해치며, 허위나 오인가능한 정보를 유출하는 것 등에 있다고 보았다. 금융시장청은 현행 제도를 중요하게 변경할 필요는 없지만 몇 가지 개선할 사항은 있다고 보고 있다.⁶⁸⁾

이에 따라 금융시장청은 다음 네 가지 사항에 대해 제도 개선의 필요성이 있다고 밝혔다. 첫째, 대량보유보고의무 대상이 되는 주식 보유 비율을 현행 5%에서 3%로 낮추자는 내용이다.⁶⁹⁾ 영국, 독일, 이탈리아, 스페인, 네덜란드 등 유럽연합 주요 국가들은 의결권 있는 주식의 3%를 보유한 경우 보고의무를 부과함에 비해, 프랑스는 그 기준이 상대적으로 높다.

둘째, 발행회사와 주주 간의 정기적이고 공개된 대화를 촉진하자는 것이다.⁷⁰⁾ 법조인 협회(club des juristes)가 제안한 바와 같이 기관투자자가 아닌 소액주주도 참여할 수 있는 대화 플랫폼을 마련하자는 것도 좋은 의견이라고 평가하고 있다. 이와 관련하여 발행회사와 투자자 간 공격, 방어 수단의 대등화가 중요하다고 본다. 이를 위해 주주활동 캠페인을 시작하는 투자자는 다른 주주들에게 보내는 서면 등을 즉시 발행회사에 전달하여야 하고, 발행회사는 주주행동주의 투자자에게 그 의견을 밝힐 수 있도록 하여야 한다고 본다. 한편 현재 금융시장청은 발행회사가 연간보고서나 정기보고서 발간 전 15일 동안 금융기관이나 투자자들에게 사업의 현황이나 재무 실적 등을 공개하지 않을 것을 권유하고 있는데(이른바 “침묵기간(période de silence; quiet period)”, 이로 인하여 주주행동주의가 침묵기간 동안 여러 활동을 하는 경우 발행회사가 대응하기 어렵다는 비판이 있다. 이에 따라 금융시장청은 해당 기간 동안에도 발행회사가 의견을 밝힐 수 있도록 가이드라인을 개정하겠다고 밝혔다.⁷¹⁾

셋째, 투자자의 익스포져(l' exposition économique; financial exposure)의 투명성을 높이겠다는 것이다. 특히 투자자의 공매도와 관련한 순(純)숏포지션(positions courtes nettes; net short position) 및 관련 채무증권이나 CDS(credit default swap) 등 보유 현황을 공개하게 할 것이고, 필요하면 EU 차원의 규정 개정도 추진하겠다고 하였다. 금융투자청은 공매도에 긍정적인 기능이 인정되기 때문에 이를 금지할 것은 아니지만 그 내용을 투명하게 공개하는 것은 필요하다고 본다. 주주행동주의 펀드들이 뮤추얼 펀드 등으로부터 주식을 빌려서 주주총회 전에 의결권을 확보하는 것에 대해서도 이로 인하여 발행회사에 발생하는 부정적 영향이 크다고 보기는 어렵지만, 뮤추얼 펀드의 운영사들이 주주총회 전에는 빌려준 주식을 회수하여 직접 의결권을 행사할 것을 권장한다고 밝혔다.⁷²⁾

마지막으로 주주행동주의에 신속하게 대응할 수 있도록 금융시장청의 분석 및 답변 역량을 강화할 것을 약속하였다.⁷³⁾

68) Autorité des marchés financiers, “communication de l’AMF sur l’activisme actionnarial” April 7, 2020 p.5

69) Autorité des marchés financiers, “communication de l’AMF sur l’activisme actionnarial” April 7, 2020 p.7

70) 원활한 대화를 위해 진행정보 및 내부자정보 관리에 관한 지침(Guide de l’information permanente et de la gestion de l’information privilégiée)을 개정할 것도 고려하고 있음을 밝히고 있다.

71) Autorité des marchés financiers, “communication de l’AMF sur l’activisme actionnarial” April 7, 2020 p.9

72) Autorité des marchés financiers, “communication de l’AMF sur l’activisme actionnarial” April 7, 2020 p.10

73) Autorité des marchés financiers, “communication de l’AMF sur l’activisme actionnarial” April 7, 2020 pp.10-12

IV. 결론

1998년 금융위기 이후 최근까지 우리나라 기업지배구조 관련 논의는 지배주주의 기회주의적 행동을 어떻게 방지하고 재벌기업의 지배구조를 어떻게 설계할 것인지를 중심으로 진행되었다. 최근에도 재벌기업의 경영권 승계와 관련하여 계열사 간 합병, 일감몰아주기와 같이 회사법적으로 의미 있는 사건들이 발생하고 있기 때문에 이에 대한 문제의식은 여전히 유효하고 또 필요하다. 그렇지만 이러한 내부 지배구조 문제뿐만 아니라 회사의 본질이 무엇인지, 기업이 혁신이라는 측면에서 어떠한 역할을 수행하여야 하는지, 단기성과주의라는 것은 과연 존재하는지, 주주행동주의는 과연 기업지배구조 개선에 도움이 되는지와 같은 이른바 기업의 역할과 외부 지배구조 문제에 대해서도 관심을 갖는 것이 필요하다.

프랑스 기업 환경과 자본 시장, 나아가 회사법 및 금융 관련 법제도 우리나라처럼 1990년대 이후 영미의 영향을 많이 받았다. 그러다 2008년 세계금융위기 이후 프랑스는 금융자본주의, 지나친 주주중심주의, 단기성과주의와 같은 영미의 영향에 대해 반성적 검토를 하기 시작했고 프랑스 회사가 나아갈 길에 대해 여러 고민들을 하고 있다. 프랑스가 어떠한 문제의식을 갖고 있고 어떠한 제도개선의 노력을 하는지는 이러한 점에서 우리나라에도 많은 시사점을 제공한다. 노파-세나흐 보고서가 기업의 역할에 관하여 서술한 문장을 인용하면서 이 글을 마친다.

“Une entreprise se crée seulement si elle répond à un besoin spécifique et elle perdure seulement si elle maintient une dynamique d’invention, d’innovation et de création collective.”⁷⁴⁾

“기업은 특정한 필요성에 응할 수 있는 경우에만 만들어질 수 있고 발명, 혁신과 집단적 창조 의 원동력을 유지하는 경우에만 존속할 수 있다.”

74) Notat, Nicole and Senard, Jean-Dominique, “L’Entreprise, objet d’intérêt collectif”, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l’Économie et des Finances, du Travail (March 9, 2018). p.4

제4세션

일본의 2019년 개정 회사법의 주요 내용과 시사점

崔 文 僖*

(강원대학교 법학전문대학원 교수)

《 목 차 》

I. 들어가며	IV. 이사, 이사회, 위원회
II. 2019년 개정 회사법의 개요	V. 株式交付
III. 주주제안권	VI. 맺음말

I. 들어가며

일본에서 2019년 12월에 회사법이 일부 개정¹⁾되었다. 2019년 개정 회사법은 일부 사항을 제외하고 2021년 3월 1일부터 시행될 예정이다.²⁾ 일부 개정으로 표현하긴 했지만 2005년 회사법이 제정된 이후로 최초의 대대적인 개정으로서 실무에 미치는 영향이 지대한 사항이 적지 않다. 개정 작업을 담당한 법무성 내 법제심의회의 개정 부회의 명칭은 “会社法制部会(기업통치관계)”이지만 개정사항은 회사지배구조 사항은 물론 사채, 조직재편 등 회사법의 전 영역에 걸쳐고 있다.

개정사항은 주주총회에 관한 규율, 이사회에 관한 규율, 기타 규율로 대별되지만 [표1]에서 보는 것처럼 세부적으로 전 영역에 걸친다. (1) 지배구조에 관한 사항으로 주주총회자료의 전자제공, 주주제안권, 이사의 개별보수 결정, 보상제도(Indemnification)와 임원배상책임보험(D&O Liability Insurance)과 같은 이사에 대한 인센티브 부여 체계 도입, 감사회설치회사에서 사외이사 설치의무, 사외이사에 대한 업무집행의 위탁과 같은 사항이 있고, (2) 주식과 채무에 관한 사항으로 주식교부제도, 사채관리보조자 제도가 도입되었다. 이와 더불어 개정법 시행에 수반하여 상업등기법 기타 관계 법률도 개정되었다.

2019년 개정 회사법은 2014년 개정 회사법, 회사지배구조 코드 제정·개정, 스톱어드십 코드의 제정·개정 등 최근 수년간 이루어진 회사지배구조 강화를 위한 움직임의 일환으로서 실무에 미치는 영향이 적지 않다고 평가되고 있다.³⁾ 우리나라에서 해석상 불분명한 논점

* 강원대학교 법학전문대학원 교수(상법), choi@kangwon.ac.kr.

1) 会社法の一部を改正する法律(令和元年法律第70号), 2019. 12. 4. 성립, 2019. 12. 11. 공포.
2) 2019년 개정 회사법 부칙 제1조 본문. 원칙적으로 공포일로부터 1년 6개월 이내에 시행한다. 주주총회 자료의 전자제공 제도, 회사지점 소재지 등기의 폐지 등은 시스템 改修작업이 필요하므로 공포일로부터 3년 6월 내에 시행한다(개정법 부칙 제1조 단서).

의 해결에 시사하는 바가 있다.

제한된 지면과 시간 내에서 모든 사항을 다루는 것은 개괄적인 소개로 그칠 뿐이므로, 이 글에서는 우리나라 상법에서 제도적으로 마련되지 않은 것 중에서 도입 여부를 고려할 만한 사항을 선정하여 상세히 분석하고자 한다. 이 글의 순서는 다음과 같다. 먼저 2019년 개정 회사법의 개정배경, 경과 등 개요를 정리한 후(II), 주주총회 관련 사항으로서 주주제안권의 수량제한(III), 이사회 관련 사항으로서 이사 개인별 보수 결정·회사보상계약·임원배상책임보험, 사외이사에 대한 업무위탁, 이사에 대한 책임추궁 절차에서 화해 절차(IV), 완전자회사 가 아닌 자회사를 창설하는 제도인 주식교부 제도(V)를 상술한다.

II. 2019년 개정 회사법의 개요⁴⁾

1. 개정 배경

2005년 제정된 회사법은 2014년 개정⁵⁾ 이후 2019년에 두 번째로 본격적인 개정이 이루어졌다. 2014년 개정 회사법은 부칙 제25조에서 2014년 개정 회사법 시행 2년 후에 회사 지배에 관한 제도 개선사항을 검토하고 필요한 경우 사외이사 설치 의무 등 추가조치를 강구한다고 밝힌 바 있다. 이에 따라 사외이사 도입의 의무 여부를 검토했으나, 여기에서 더 나아가 주주총회 절차의 합리화를 위하여 주주의 개별 승낙 없이 인터넷을 통해서 주주총회 자료를 주주에게 제공할 수 있도록 하는 제도 신설, 이사 등 임원에 대한 적절한 인센티브 부여, 이사의 보수 규제가 검토과제로 지적되어 왔다.

2. 법제심의회의 심의, 법안 제출, 법안 심의 및 가결

2017. 2. 9. 법제심의회에서 법무성 장관이 법제심의회에 회사지배구조의 제도 개선 필요성을 검토하고 만일 필요한 경우 要綱을 제시하도록 자문을 구하였다. 이를 받아 법제심의회에 회사법제후회⁶⁾가 설치되었다. 2017. 4.부터 총 10회의 회사법 개정 심의회가 개최되어 중간시안(2018. 2. 14), 요강안(2019 1. 16), 요강(2019. 2. 14)⁷⁾이 마련되었다.

3) 別冊商事法務編集部(편), 「令和元年改正會社法②」, 別冊商事法務 No.454(商事法務, 2020), 3면, 203면 이하에 실린 실무대응.

4) 別冊商事法務編集部(편), 전제서, 3면 이하.

5) 2014년 개정 회사법에 관하여 상세는 岩原紳作/神田秀樹/野村修也, 「平成26年會社法改正」, (有斐閣, 2015). 주요 개정사항은 ① 감사등위원회설치회사제도 신설, ② 사외이사를 두지 않는 경우 그 이유 개시, ③ 사외이사·사외감사 요건 개정, ④ 이사·감사의 책임의 일부면제 제도의 개정, ⑤ 회계감사인 선임등의 안의 내용결정에 관한 개정, ⑥ 지배주주의 변동을 수반하는 모집주식발행등에 관한 개정, ⑦ 가장납입에 의한 모집주식발행등의 규율 개정, ⑧ 신주예약권 무상배정에 관한 배정통지 개정, ⑨ 모자회사에 관한 개정(다중대표소송제도 신설, 조직재편시 구주주에 대한 대표소송 원고적격 인정, 기업집단의 업무의 적정성 확보를 위해 필요한 체제 정비, 모회사의 자회사주식 양도에 관한 개정, 특별지배주주의 주식매도청구권 신설, 주주총회결의취소의 소의 원고적격 개정, 주식매수청구권에 관한 개정, 조직재편 금지청구제도 신설, 회사분할시 채권자보호, 사해적 회사분할에 의한 잔존채권자 보호 및 분할회사가 알지 못한 채권자 보호), ⑩ 주주명부열람등사청구 거절사유 일부 삭제 등이다.

6) 神田秀樹 회장(學習院 법과대학원 교수).

요강에 대한 의견조회를 거쳐서 법무성은 2019. 10.에 회사법 일부개정 법률안, 회사법 일부개정법률시행에 수반되는 관계법률의 정비법률안을 국회에 제출하였다. 국회에서는 중의원 법무위원회에서는 원안의 “주주제안권의 남용적 행사를 방지하기 위하여 부당한 목적에 의한 주주제안권 행사제한 규정의 신설” 부분만 삭제하는 내용의 수정안에 대해서 전원 일치로 가결한 후 중의원 본회의에서 2019. 12. 4. 가결되어 성립되고 2019. 12. 11.에 성립되었다.

3. 2019년 개정 회사법의 개요

2019년 개정 회사법은 주주총회 운영, 이사의 직무집행의 적정성을 도모하기 위한 제도를 다수 도입하였다. [표1]은 개정 조문 중 일부를 발췌하여 그 주요내용을 정리한 것이다.⁸⁾

[표18] 2019년 개정 회사법의 주요 내용

주주 주주총회	주주총회자료의 전자제공(제325조의2, 제325조의3, 제325조의5)	주주총회자료를 전자적으로 인터넷을 이용해서 제공할 수 있도록 전자제공제도 신설. 상장회사에서는 전자제공제도 도입의무화
	주주제안권의 수량제한 (제305조)	주주제안권의 남용적 행사의 폐해에 대처하기 위하여 의안 수 제한
이사 이사회	이사의 보수등 (제361조)	유가증권보고서 제출회사인 감사회설치회사(공개회사이면서 대회사에 한함)와 감사등위원회설치회사에서 보수등 결정방침의 결정을 의무화하고, 주식 등 금전이 아닌 보수등에 관한 주주총회 결의사항, 주식등 발행절차의 특칙 정비, 보수등에 관한 정보개시
	보상계약 (제430조의2)	회사보상계약 규정 신설
	D&O보험 (제430조의3)	D&O보험(임원배상책임보험)에 관한 계약체결 절차를 명확히 하여 D&O보험이 적절히 운용되도록 규정 신설
	사외이사에 대한 업무집행의 위탁(제348조의2)	
	사외이사 설치의무(제327조의2)	
	이사의 책임추궁의 소에서 화해절차 정비(제849조의2)	
사채	사채관리보조자 제도 도입(제676조, 제681조, 제714조의2)	
주식교부	주식교부에 의해 모회사가 될 자가 그 주식(+다른 대가)을 대가로 하여 주식교부에 의해 자회사가 될 회사의 주주로부터 그 주식을 양도받아 모자회사 관계를 창설하는 제도(제2조 제32호의2, 제774조의2 이하)	

7) 要綱에 관해서는 「ビジネス法務」 Vol. 19 No.6(2019. 9)에 특집이 실려 있다.

8) [표1]에 정리되지 않은 사항은 개정 작업을 담당한 법무성 참사관의 편저 竹林俊憲(編著), 「一問一答令和元年改正會社法」, (商事法務, 2020)가 상세하다.

Ⅲ. 주주제안권

1. 관련 조문⁹⁾

신구조문의 내용이 같은 조항은 이해의 편의를 위해서 간략하게 정리한다.

[표2] 주주제안권 조문(신설 사항은 밑줄 음영)

회사법 제305조
① 주주는 이사에게 주주총회일 8주(정관에서 이보다 단기를 정한 경우 그 기간)전까지 주주총회 목적 사항에 관하여 그 주주가 제출하려는 의안요령을 주주에게 통지할 것을 청구할 수 있다. 단 이사회설치 회사의 경우에는 총주주의 의결권의 100분의1(정관에서 이보다 낮은 비율을 정한 경우 그 비율)이상의 의결권 또는 300개(정관에서 이보다 적은 수를 정한 때에는 그 개수)이상의 의결권을 6개월(정관에서 이보다 단기를 정한 경우 그 기간)전부터 계속하여 보유하는 주주에 한하여 그 청구를 할 수 있다.
② 공개회사가 아닌 이사회설치회사의 경우에는 ... 전항 단서 중 “6개월(정관에서 이보다 단기를 정한 경우 그 기간)전부터 계속 보유하는”은 “보유하는”으로 본다.
③ 제1항의 주주총회의 목적인 사항에 관하여 의결권을 행사할 수 없는 주주가 보유하는 의결권의 수는 동항 단서의 총주주의 의결권의 수에 산입하지 아니한다.
④ 이사회설치회사의 주주가 제1항의 규정에 따라 청구를 한 경우에 당해 주주가 제출하려는 의안의 수가 10개를 초과하는 경우에는 전3항(필자주: 제1항~제3항)의 규정은 10개를 초과하는 수에 상당하는 수의 의안에 관해서는 적용하지 아니한다. 이 경우 당해 주주가 제출하려고 하는 다음 각호에 계기한 의안 수에 관해서는 각호에서 정한 바에 의한다.
1. <u>이사, 회계참여, 감사 또는 회계감사인(이하 “임원등”이라 한다)의 선임에 관한 의안: 의안 수를 불문하고 이를 1개 의안으로 본다.</u>
2. <u>임원 등의 해임에 관한 의안: 의안 수를 불문하고 1개 의안으로 본다.</u>
3. <u>회계감사인을 再任하지 않는 것에 관한 의안: 의안 수를 불문하고 1개 의안으로 본다.</u>
4. <u>정관변경에 관한 2개 이상의 의안: 2개 이상의 의안에 관하여 다른 결의가 이루어지는 경우 결의내용이 상호모순될 가능성이 있는 경우에는 이들을 1개 의안으로 본다.</u>
⑤ 전항 전단의 10개를 초과하는 수에 상당하는 수의 의안은 이사가 이를 정한다. 단 제1항의 규정에 따라 청구를 한 주주가 당해 청구와 함께 당해 주주가 제출하려고 하는 2개 이상의 의안 전부 또는 일부에 관하여 의안 상호간의 우선 순위를 정한 경우에는 이사는 당해 우선순위에 따라서 이를 정한다.
⑥ 제1항부터 제3항까지의 규정은 제1항의 의안이 법령 또는 정관에 위반하는 경우 또는 실질적으로 동일 의안에 관하여 주주총회에서 총주주(당해 의안에 관하여 의결권을 행사할 수 없는 주주는 제외한다)의 의결권의 10분의1(정관에서 이보다 낮은 비율을 정한 경우에는 그 비율)이상의 찬성을 얻지 못한 때로부터 3년을 경과하지 아니한 경우에는 적용하지 아니한다. (필자 주: 개정 전 제4항이 제6항으로 이관되고 밑줄 친 부분이 개정됨)

9) 後藤元, “株主提案權に關する規律 (とその趣旨) の見直し,” 別冊商事法務編集部(편), 「令和元年改正會社法②」, 別冊商事法務 No.454(商事法務, 2020), 122면; 太田洋, “〈實務家コメント〉株主提案權に關する改正と今後の株主總會 (株主提案權に關する規律 (とその趣旨) の見直し,” 別冊商事法務編集部(편), 「令和元年改正會社法②」, 別冊商事法務 No.454(商事法務, 2020), 131면; 高木弘明/野澤大和, “株主提案權の制限,” 「旬刊商事法務」 No.2231(2020. 5. 25), 23면; 齊藤眞紀, “2019年會社法改正-株主提案權の規制,” 「ジュリスト」 No.1542(2020. 3), 27면.

2. 주주제안권의 개요와 기초적 고찰

[표3]¹⁰⁾은 주주제안권을 유형별, 회사별로 구분하여 정리한 것이다. 회사법¹¹⁾상 주주제안권은 ①의제제안권(제303조), ②의안제안권(제304조), ③자기의안의 의안요령통지청구권(제305조)으로 구분된다.¹²⁾ 의제와 의안의 구별에 관하여 회사법에 명시적 규정은 없고 해석에 맡겨져 있지만, 법문상 ①의제제안권은 이사에게 일정한 사항을 주주총회의 목적으로 할 것을 청구할 권리이고, ②의안제안권은¹³⁾ 주주총회의 목적인 사항에 관하여 의안을 제출할 권리로 규정되어 있다.

2.1. 의제제안권

이사회설치회사 이외의 회사(‘이사회비설치회사’)에서는 주주가 주주총회에서 회사에 관한 일체 사항을 결의할 수 있기 때문에 단독주주에게 의제제안권이 인정된다(제303조 제1항). 의제제안권을 행사하기 위한 사전 절차는 필요없고 청구시기 제한도 없기 때문에 주주는 주주총회에서 의제제안권을 행사하는 것도 허용된다.¹⁴⁾ 이사회비설치회사는 주주총회 목적사항을 주주에게 사전에 통지할 의무가 없기 때문에 주주총회 소집자가 목적사항으로 정한 사항 이외의 사항도 결의할 수 있다는 점과 맞춘 것이다.

이사회설치회사의 주주총회에서는 소집통지에 기재한 의제에 관해서만 결의할 수 있기 때문에(제309조 제5항),¹⁵⁾ 회사가 소집하는 주주총회에서 주주에게 의제제안을 인정하는 경우에는 그 사항을 소집통지에 기재할 필요가 있다. 따라서 공개회사(제2조 제5호)¹⁶⁾로서 이사회설치회사에서 6개월 전부터 총주주의 의결권의 1% 이상 또는 300개 이상의 의결권을 가진 주주¹⁷⁾가 회사가 소집하는 주주총회에서 주주총회일 8주간 전까지 일정한 사항을 주주총회의 목적(즉 의제)으로 할 것을 청구할 권리인 의제제안권(제303조 제2항)을 인정한 것이다. 회사가 소집하는 총회에서 소수주주에게 ‘이사 선임의 건’과 같은 의제의 제안권을 인정

10) 岩崎友彦/西村修一/濱口耕輔(編著), 「令和元年改正會社法ポイント解説Q&A」, (日本經濟新聞出版社, 2020), 77면.

11) 이하 일본 회사법을 인용하는 경우 특별히 필요한 경우가 아닌 한 법명을 생략한다.

12) 주주가 임시주주총회 소집청구권(제197조)에 의해 법원의 허가를 받아서 소집을 한 주주 이외에 다른 주주나 회사측에서 제303조 제1항, 제305조 제1항의 제안권이 인정되는지에 관해서는 견해가 갈린다. 神田秀樹, 「會社法」(제22판), (弘文堂, 2020), 196면.

13) 비공개회사에서는 6개월 요건은 없다.

14) 江頭憲治郎, 「株式會社法」(제7판), (有斐閣, 2017), 332면; 黒沼悅郎, 「會社法」(제2판), (商事法務, 2020), 72면.

15) 黒沼悅郎, 전게서, 66면, 72면.

16) 보통 공개회사란 상장회사를 의미하는 경우가 많지만 일본 회사법상 공개회사의 정의는 이와 다르다는 점을 유의해야 한다. 일본 회사법상 공개회사인지 여부는 주식양도제한 여하에 따라 정해진다. 정관에 주식양도제한 규정이 있는 주식회사인지 여부를 기준으로 모든 종류의 주식에 관하여 양도제한이 있는 주식회사를 제외한 주식회사가 공개회사이다. 즉 모든 종류의 주식에 관하여 양도제한이 없는 회사, 일부 종류의 주식에 대해서만 양도제한이 있는 회사가 공개회사이다(회사법 제2조 제5호). 강학상 공개회사가 아닌 회사를 ‘비공개회사’라고 일컫거나 ‘전주식양도제한회사’라고 일컫는다. 江頭憲治郎, 전게서, 332면; 神田秀樹, 전게서, 30면.

17) 6개월, 1%, 300개 요건은 정관규정으로 완화 가능하다.

하는 것이다.

의제제안권을 행사할 수 있는 주주는 제안사항에 관하여 의결권을 행사할 수 있는 주주에 한정된다(제303조 제1항 괄호 부분, 제325조). 1%의 지주요건은 스스로 주주총회 소집을 청구할 수 없는 소수주주¹⁸⁾에게도 의제제안권을 인정한 것이고, 300개 요건은 대규모회사에서 1% 지주요건을 충족하기가 곤란하다는 점을 고려한 것이다. 의제제안권에서 의제는 주주총회 결의사항(제295조)에 한하기 때문에,¹⁹⁾ 주주총회의 결의사항이 아닌 의제는 제안할 수 없다. 비공개회사 또는 전주식양도제한회사인 이사회설치회사에서는 6개월 보유요건이 없다는 점이 공개회사와 다르다(제303조 제3항).

의제제안권의 행사기한을 주주총회일 8주간 전까지 행사하도록 한 것은 의제제안권 요건의 충족 확인, 소집통지 발송절차에 필요한 기간을 고려한 것이다.²⁰⁾

의제제안권은 이사회설치회사에서는 회사가 예정하지 않은 의제에 관한 의안을 제출하려고 하는 주주에게 의미가 있다. 미리 의제를 제출해 두면 제안 주주 및 기타 주주가 주주총회장에서 의안을 제출할 수 있기 때문에 의안을 수반하지 않은 의제만의 제안도 적법하다고 인정된다. 물론 실무에서 이러한 의제제안에 대해 회사가 거부할 수 있다고 해석된다.²¹⁾

2.2. 의안제안권

의안제안권은 주주총회에서 주주총회의 목적사항에 관하여 의안을 제출할 수 있는 권리이다(제304조, 제325조). 예를 들어 이사가 제출한 의안에 대하여 수정제안등을 제출하는 것이다. 단 당해 의안이 법령·정관에 위반하는 경우, 과거 의결권의 10% 미만의 찬성을 얻은 의안과 실질적으로 동일한 것으로서 그 결의일로부터 3년을 경과하지 않은 경우에는 회사는 그 제안을 거절할 수 있다(제304조 단서, 제325조).

[표20] 회사별 주주제안권 행사요건

구 분		이사회설치회사	
		공개회사	비공개회사
① 의제제안권 (회사법 제303조)	지주요건*	○	×
	6개월 보유요건**	○	×
	행사기한***	○	×
② 의안제안권 (회사법 제304조)	지주요건*		×
	6개월 보유요건**		×
	행사기한***		×
③ 의안요령 통지청구권 (회사법 제305조)	지주요건*	○	×
	6개월 보유요건**	○	×
	행사기한***		○

18) 소수주주의 임시주주총회 소집청구권은 6개월 이상 전부터 의결권의 3% 이상의 주식을 계속보유한 주주이다(단 계속보유기간, 지주요건은 정관규정으로 완화 가능하다)(제297조).

19) 江頭憲治郎, 전게서, 332면; 神田秀樹, 전게서, 195면.

20) 黒沼悦郎, 전게서, 72면.

21) 黒沼悦郎, 전게서, 72면.

* 지주요건: 총주주의 의결권의 1% 이상 또는 300개 이상(정관으로 완화 가능)

** 6개월 보유요건: 6개월 전부터 계속하여 지주요건 충족(정관으로 완화 가능)

*** 행사기한: 주주총회일 8주간 전까지 행사(정관으로 완화 가능)

2.3. 자기의안의 의안요령 통지청구권

자기의안의 의안요령 통지청구권은 의안제출권을 전제로 한 청구권이다. 의안요령 통지청구권도 실질적으로 동일한 의안에 관하여 10% 미만의 찬성을 얻은 총회일로부터 3년을 경과하지 않은 경우에는 인정되지 아니한다(제305조 제6항).

3. 의안요령 통지청구권의 수량 제한

3.1. 입법배경: 주주제안권의 취지의 변용

주주제안권의 남용적 행사를 제한하기 위해서 신설된 사항이다. 일본에서 1981년 주주제안권의 최초 입법당시 입법담당자의 설명²²⁾에 의하면 주주제안권은 주주가 자신의 의사를 주주총회에 호소할 수 있는 권리를 보장함으로써 주주의 소외감을 불식시키고, 경영자와 주주 사이 또는 주주 상호간의 의사소통을 도모할 목적으로 도입된 것이다.

총회꾼이 총회를 장악함으로써 형해화한 주주총회를 활성화하기 위해서 일반 주주의 총회 참가의욕을 고취시키기 위한 조치로서 도입된 것이다. 주주제안권이 실제 행사되어도 경영진의 반대에 봉착하여 실제로 가결될 것이라고 기대할 수 없지만, 주주가 제안을 제출한다는 점 자체에 의의를 인정하는 것이다.²³⁾

그런데 2010년대에 들어와서 일본에서 1인 주주가 막대한 수의 의안을 제출하는 바람에 주주총회의 원활한 의사진행이 방해받는 사례가 있었다.²⁴⁾ 노무라홀딩스(野村Holdings) 정기주주총회에서 주주 1인이 의안 100개를 제출하고 회사가 18개를 채택한 사례가 있었다.²⁵⁾

또한 호야(Hoya) 창업자 가족인 주주가 정기주주총회에서 58개의 제안을 한 사례가 있었다. 이 사건에서 동경고등재판소는 “주주제안권의 행사가 私怨을 풀기 위한 것이거나 특정 개인이나 회사를 곤혹시키는 등 정당한 주주제안권 행사로 인정되지 않는 목적으로 주주제안권을 행사한 경우는 권리남용으로서 허용되지 않는다” 라고 주주제안권이 권리남용에 해당할 수 있음을 인정한 바 있다.²⁶⁾ 동일 주주가 다른 해에 주주제안권을 행사한 사례에서는

22) 稻葉威雄, 「改正會社法」, (金融財政事情研究會, 1982), 131면.

23) 稻葉威雄, 전게서, 126면, 131면.

24) 後藤元, 전계논문, 123면; 竹林俊憲(編著), 「一問一答令和元年改正會社法」, (商事法務, 2020), 51면.

25) 後藤元, 전계논문, 123면.

26) 東京地決 2012. 5. 28. 「資料版 商事法務」 제340호(2012. 7), 33면; 東京高決 2012. 5. 31. 「資料版 商事法務」(2012. 7), 제340호, 30면. 그러나 결론적으로는 58개의 제안이 전체로서 권리남용에 해당한다고 인정되지 않는다고 판단하였지만, 제안주주에게 보전의 필요성이 인정되지 않는다는 이유로 가처분신청이 받아들여지지 않았다.

주주제안권의 행사가 권리남용에 해당한다고 판단하였다.²⁷⁾

이러한 사례가 등장하자 학계와 실무계에서는 주주제안권의 남용사례에 대처 필요성이 강조되었고, 일반적 권리남용론으로는 이론구성상의 문제 등 충분하지 않다는 지적이 적지 않았다.²⁸⁾ 주주제안권이 남용적으로 행사되는 경우 주주총회의 토의시간이 남용적으로 제출된 의안에 할당되어야 하므로 주주총회의 의사결정기관으로서의 기능이 훼손될 수 있고, 의안 자체 검토에 회사가 막대한 시간을 들여야 하고, 주주총회 소집통지서 인쇄비용도 증대된다는 폐해가 있다는 지적이 있었다.

결국 주주제안권의 남용적 행사를 제한하기 위한 조치로서 주주가 동일 주주총회에서 제출할 수 있는 의안 수를 제한하는 규정이 신설되었다.²⁹⁾

3.2. 수량제한의 적용대상

①이사회설치회사에서 ②주주가 ③의안요령 통지청구권을 행사하여 동일 주주총회에 제안할 수 있는 의안 수가 제한 대상이다.

3.2.1. 회사의 유형: 이사회설치회사

이사회설치회사가 아닌 경우에는 수량제한의 적용이 없다. 그것은 이사회비설치회사는 주주총회가 회사법에서 규정하고 있는 사항 및 회사의 조직, 운영, 관리 기타 회사에 관한 일체의 사항에 관하여 결의할 수 있고(회사법 제295조 제1항), 주주총회소집통지에 기재된 의제 이외의 사항에 관해서도 결의할 수 있으며(회사법 제309조 제5항), 의제제안권 행사기한도 없다(회사법 제303조 제1항, 제309조 제5항). 이 규정들을 종합적으로 고려하면 주주가 주주총회 현장에서 새로이 의제 및 의안을 추가로 제출할 수 있기 때문에 주주제안권 행사를 제한하지 않는 것이다.³⁰⁾

3.2.2. 주주가 제출하는 의안일 것

의안 수 제한에 관한 규정은 주주제안권의 남용적 행사를 제한하기 위한 조치이므로 주주측에서 제출할 수 있는 의안의 수를 제한하는 것이다. 이사가 제출하는 의안은 수량 제한의 대상이 아니다.³¹⁾ 이사는 회사에 대해서 선관주의의무를 부담하므로 합리적 이유 없이 막대한 수의 의안을 제출하는 것을 상정하기 어렵기 때문에 의안 수 제한의 필요성도 없을 것이

27) 東京高判 2015. 5. 19. 「金融商事判例」 제1473호(2015), 26면. 동일 주주가 매년 수십 건의 주주제안을 하는 사례도 있었다.

28) 後藤元, 전계논문, 123면.

29) 의제제안권에 대해서는 의안요령 통지청구권에서와 같은 제안의 수를 제한하는 개정이 이루어지지 않았다. 그 이유는 의제제안권에 대해서는 뒤에서 보는 것처럼 “泡沫提案”과 같은 “실질적으로 동일한 의안을 제한”하는 규정(제305조 제6항)이 없다는 점, 실무상 주주제안권의 남용적 행사가 문제된 사안이 주주총회 참고서류를 교부하여야 하는 회사였는데 이러한 회사에서 주주가 의제제안권을 행사한 경우에 의제에 대응하는 의안의 요령을 추가하지 않은 경우에는 회사는 그 제안을 거절할 수 있다고 해석되므로 주주가 동일 주주총회에 제안할 수 있는 의제수를 제한하는 것은 상당하지 않다는 것이다. 중간시안 보충설명, 15면

30) 竹林俊憲(編著), 전계서, 56면.

31) 竹林俊憲(編著), 전계서, 59면.

다. 한편 주주가 위임장권유를 하는 경우에는 수량 제한은 없다.³²⁾

3.2.3. 의안요령 통지청구권

의제제안권(제303조)이나 주주총회장에서 제출하는 의안제안권(제304조)에 관해서는 수량 제한을 적용하지 아니한다.³³⁾ 의제제안권(제303조)에 대해서는 총주주의 의결권의 10분의1 미만의 찬성을 얻은 날로부터 3년을 경과하지 않은 때에는 그 의안을 반복제출할 수 없다는 제한(제304조 단서, 개정 전 제305조 제4항·개정 제305조 제6항)과 같은 제한이 없다. 이 점과 맞추고, 의제에 관해서는 주주가 막대한 수를 제출하는 것을 상정하기 어려우므로 제한 필요성이 크지 않기 때문이다.

주주총회장에서 제출하는 의안제안권(제304조)은 의안 수를 제한의 필요성이 크지 않아서 제한하지 않았다. 이사회설치회사에서 주주총회는 주주총회 소집통지에 기재된 의제 이외의 사항에 관해서는 결의할 수 없다는 점(제309조 제5항), 의안의 수정동의 범위도 의제에서 일반적으로 예견되는 범위를 벗어날 수 없다고 이해된다는 점, 주주총회장에서의 주주의 의안제안권의 행사 태양등에 비추어 의장이 의사정리권 및 질서유지권(제315조 제1항)에 근거해서 의안 및 수정동의안을 채택하지 않을 수 있다는 점³⁴⁾을 고려하여 주주가 주주총회장에서 제출할 수 있는 의안 수를 제한할 필요성은 크지 않다.

3.2.4. 주주가 임시주주총회 소집청구권을 행사한 경우

주주는 임시주주총회 소집청구권을 행사할 수 있는데(제297조), 임시주주총회도 수량제한이 적용되는지 의문이 있을 수 있다. 두 가지 경우로 나누어 살펴보아야 한다.

주주의 임시주주총회 소집청구에 응해서 회사가 주주총회를 소집한 경우에는 주주의 임시주주총회 소집청구권 행사와 무관하게 회사가 직접 주주총회를 소집한 경우와 마찬가지로 취급한다. 따라서 주주가 제출할 수 있는 의안의 수량제한이 가해진다.³⁵⁾

이에 대해서 주주가 스스로 임시주주총회를 소집한 경우는 수량제한이 적용되지 아니한다. 회사가 주주의 임시주주총회 소집청구권 행사에 대해서 지체 없이 소집절차를 밟지 않은 경우나, 주주의 소집청구를 받은 날로부터 8주간 내의 날짜를 주주총회일로 정하여 주주총회 소집통지를 발송하지 아니한 경우에 주주는 법원의 허가를 얻어서 주주총회를 스스로 소집할 수 있다(제297조 제4항). 이 경우에는 회사가 아니라 임시주주총회 소집청구를 한 주주 자신이 주주총회 소집절차를 밟는 것이다(제298조 제1항 괄호, 제4항). 개정 회사법상 주주가 제출할 수 있는 의안 수의 제한은, 주주가 이사에 대해서 총회목적 사항에 주주가 제출하려고 하는 의안의 요령을 통지할 것을 청구하는 ‘의안요령통지청구권’의 경우에 한하여 적용되는 것이다(제305조 제1항, 제4항). 주주 자신이 주주총회소집 절차를 스스로 밟은 경우에는 개념상 이사에 대해서 의안요령을 통지할 것을 청구하는 것이 아니기 때문에 의안 수 제한의 적용을 받지 아니한다.³⁶⁾

32) 齊藤眞紀, “2019年會社法改正-株主提案權の規制,” 「ジュリスト」 No.1542(2020.3), 28면.

33) 神田秀樹, 전게서, 30면; 齊藤眞紀, 전계논문, 28면.

34) 竹林俊憲(編著), 전게서, 57면.

35) 竹林俊憲(編著), 전게서, 60면.

36) 竹林俊憲(編著), 전게서, 60면.

3.3. 상한 설정과 개수 계산

3.3.1. 10개로 한정된 이유

수량제한을 10개로 한정된 이유는 최근 주주제안권 사례를 보면 주주제안에 관한 의안 수가 주주별로 많아도 10개 정도이고, 통상 이를 초과한 수의 의안을 제출하는 것은 생각하기 어렵다는 점을 고려한 것이다.

법제심의회 회사법제 부회의 논의 시에는 외국 법제에 비추어 의안 수를 10개보다 적은 수, 이를테면 3개 이하로 하자는 의견도 있었지만, 합리적인 주주제안의 수가 이를 초월하는 경우도 있을 수 있다는 의견이 있었다. 또한 후술하는 것처럼 정관변경안 등 일정 의안은 2개 이상의 의안이라도 1개의 의안으로 간주할 수 있는 경우를 정하고 있는데(회사법 제4항 각호), 주주가 제출하는 의안 중 가장 큰 비율을 차지하는 정관변경 의안에 관해서 판단기준의 명확화를 중요시하고, 1개 의안으로 간주할 수 있는 경우를 한정적인 것으로 규정하고 있다는 점도 고려하였다. 이러한 상황에서 의안 수 상한을 설정하는 경우에는 주주제안권 행사를 과도하게 제한할 우려가 있다는 점을 감안하여 상한을 10개로 정한 것이다.

3.3.2. 복수의 주주가 공동으로 제안하는 경우 수량제한

수량제한은 원칙적으로 주주단위로 적용되는 것이다.³⁷⁾ [표3]에서 보는 것처럼 주주제안권이 일정한 지주요건이 필요한 소수주주권으로 규정된 경우가 있다. 주주제안권을 여러 명의 주주가 공동으로 행사하는 경우 각 주주가 제출하는 의안 수는 각기 상한의 적용을 받는다. 법무성 입법담당 참사관의 설명에 의하면 의안요령 통지청구권을 주주가 단독으로 행사하는 경우이든 다른 주주와 공동으로 행사하는 경우이든 각 주주가 제출할 수 있는 의안 수는 10개의 상한을 초과할 수 없다.³⁸⁾ 예를 들어 주주 A와 B가 공동으로 의안요령통지청구권을 행사하여 10개의 의안을 제출하였다면 A와 B는 각기 10개의 의안을 제출한 것이 된다. 이들이 다른 주주 C와 공동으로 의안요령통지청구권을 행사하려고 해도 이미 최대 개수의 의안을 제출했기 때문에 A와 B는 더 이상 의안요령통지청구권을 행사할 수 없다. 만일 A와 B가 기 행사한 의안요령통지청구권이 6개이면 잔여분 4개에 대해 의안요령통지청구권을 행사할 수 있다.

3.3.3. 의안 수의 구체적 계산

[표3]에서 보는 것처럼 제345조 제4항은 주주가 제출할 수 있는 의안 수를 형식적으로 적용하는 경우 주주제안권 행사의 과도한 제한에 해당할 수 있기 때문에 일정한 범위에서 2개 이상의 의안을 1개 의안으로 본다 고 규정한다. 종래 이사, 회계참여, 감사 또는 회계감사인(이하 “임원등”)의 선임 의안은 후보당 1개의 의안으로 계산하기 때문에³⁹⁾ 선임안에 관해서 의안 수에 관한 제한을 그대로 적용한다면 임원등 후보자가 많은 경우에는 주주가 임원등

37) 竹林俊憲(編著), 전계서, 52면.

38) 竹林俊憲(編著), 전계서, 52면.

39) 의결권 행사서면에는 후보자별로 찬반란이 마련된다(회사법시행규칙 제66조 제1항 제1호).

의 수에 따라서 선임의안을 제출하려고 해도 의안 수 제한 때문에 모든 의안을 제출할 수 없게 되는 우려가 있다는 점을 고려한 것이다.⁴⁰⁾

정관변경 의제에 대해 “회사 상호를 OO로 변경한다” 라는 의안과 이사의 선임 의제에 대해 “갑을 이사로 선임한다” 라는 의안은 별개의 의제에 대해 별개의 의안으로 보아 2개의 의안을 제출한 것으로 취급해도 의문이 없다. 이에 대해 임원등 선임안, 임원등 해임안, 회계감사인의 不再任안⁴¹⁾에 관해 의안 수 제한을 그대로 적용하는 경우 주주가 임원등 인원수에 따라 선임 또는 해임안을 제출할 수 없게 되어 주주제안권의 과도한 제한에 해당할 수 있다. 따라서 주주가 임원등 사람 수에 따라 선임 또는 해임안을 제출할 수 있도록 하기 위하여 당해 의안의 수(즉 선임하려고 하는 임원등의 후보자 수)를 불문하고 1개의 의안으로 본다고 규정한 것이다(제345조 제4항 제1호). 예를 들어 주주가 ‘갑을 이사로 선임한다’ 는 의안과 ‘을을 이사로 선임한다’ 는 의안을 제출한 경우 이들은 1개 의안으로 본다. 임원등의 해임안, 회계감사인의 不再任안도 마찬가지로의 규정을 두고 있다(제345조 제4항 제2호·제3호).

정관변경에 관해서는 주의를 요한다. “2개 이상의 정관변경안이 제출된 경우, 당해 의안에 관하여 다른 결의가 이루어진다면 결의내용이 상호모순될 가능성이 있는 경우” 에는 1개의 의안으로 취급한다(제345조 제4항 제4호). 복수 의안의 내용이 밀접한 관련성이 객관적으로 인정되어 일체적으로 가결시킬 것을 염두에 두고 제출된 것으로 취급하는 것이 합리적이기 때문에 1개의 의안으로 취급하는 것이다.⁴²⁾

수량제한을 적용하는 데 “2개 이상의 정관변경안이 제출된 경우 서로 다른 결의가 이루어진다면 결의내용이 상호모순될 가능성이 있는 경우” 의 해석이 중요하다. 일부 의안은 가결되고 다른 의안은 부결되는 경우를 조합하였는데, 조합된 안들의 결의내용이 상호 모순될 가능성이 있는 경우이다. 예를 들어 A안과 B안 2개의 의안에 관하여 ①A안이 가결되면 B안을 부결시키는 것과 ②A안이 부결되면 B안을 가결시키는 두 가지를 조합시키는 경우이다. 감사위원회 설치 및 그에 수반되는 규정을 정비하는 의안(A안)과 감사회 폐지 및 그에 수반되는 규정을 정비하는 의안(B안)이 제출되는 경우를 예로 들어보자. 감사위원회 설치회사는 감사를 설치할 수 없기 때문에(제327조 제4항), 감사위원회 설치 의안은 감사 폐지를 당연히 예정한 것이고, 감사회는 감사전원으로 구성되기 때문에(제390조 제1항), 감사 폐지안은 감사회 폐지를 당연히 예정한 것이다. 따라서 위에서 A안만 가결되고 B안이 부결되는 경우나 B안만 가결되고 A안만 부결되는 경우 이들 결의의 내용이 상호 모순되게 된다.

복수의 의안이 상호모순될 가능성이 없더라도 1개 의안으로 취급되는 예도 있다. 예를 들어 정관규정 중에 “我が会社(우리 회사)” 라는 문언 전부를 “당회사(当会社)” 로 바꾸는 정관변경안은 대상이 되는 조항이 많아도 1개 의안으로 본다.⁴³⁾

40) 竹林俊憲(編著), 전게서, 54면.

41) 회계감사인의 해임안과 회계감사인의 不再任안은 각각 별개의 안이다. 전자는 임기 만료 전에 강제로 그 지위를 상실시키는 것임에 대하여 후자는 임기만료 후 계속 선임하지 않겠다는 것이다. 회계감사인에 대해서 이처럼 “再任하지 않는다는 안”이 있는 이유는, 이사 등 다른 임원은 그 임기가 만료되면 당연히 선임결의를 거쳐야 하는 것과는 달리 회계감사인은 임기만료시 따로 결의가 이루어지지 않으면 再任시키는 것으로 간주되기 때문에(제338조 제2항), 임기만료시 그 회계감사인을 계속 재임시키지 않으려면 그에 관한 결의가 있어야 하기 때문이다. 해임안과 재임시키지 않는 안은 회사법에서 별개로 취급된다. 회사법 제344조 제1항, 제399조의2 제3항 제2호, 제399조의13 제5항 제5호 괄호부분, 제404조 제2항 제2호, 제416조 제4항 제5호 괄호부분. 岩崎友彦/西村修一/濱口耕輔(編著), 전게서, 83면.

42) 竹林俊憲(編著), 전게서, 55면.

3.3.4. 수량제한을 초과한 경우의 처리

주주가 10개를 초과하는 의안을 제안한 경우에는 10개 의안만 채택될 수 있다(제305조 제5항). 10개를 초과하는 부분에 대해서만 회사는 거절할 수 있다.⁴⁴⁾ 이 때 10개를 추리는 방법은 제305조 제1항에 따라 청구를 한 주주가 의안의 우선 순위를 정한 경우에는 그 우선 순위에 따라서 정하고(제305조 제5항 단서), 주주가 순위를 정하지 아니한 때에는 이사가 정한다(제305조 제5항).

주주의 제안권 행사에 대해서 회사가 응하지 않은 경우에 결의취소사유에 해당할 우려가 있기 때문에 10개 중 어느 의안을 채택할 것인가가 중요하다. 주주가 순위를 정하지 않았거나 주주의 선호 순위가 명확하지 않아서 이사가 10개의 의안을 결정해야 하는 경우 실무상 결정방법에 관한 기준을 미리 정해 두지 않으면 혼란이 발생할 수 있으므로 회사는 주식취급 규정 등에 관련 사항을 정해둘 필요가 있다고 한다.⁴⁵⁾ 주주가 우선 순위를 기재하지 않은 경우에는 10개를 초과하는 의안은 기재 순서대로 채택하면 무방할 것이다.

수량 제한을 초과하여 제안된 의안에 대해서 회사가 10개를 선정하고 일부를 거절한 경우에 주주에게 통지할 의무가 있는지 의문이 있을 수 있다. 법에서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 의안 수 채택에 관한 회사 내부 규정이 객관적으로 인정될 수 있는 판단방법이고, 주주의 인식문제가 없기 때문에 주주에게 판단 방법에 관해서 따로 통지할 의무는 없다고 해석된다.⁴⁶⁾

3.3.5. 의안요령 통지청구권 제한규정의 적용 순서

의안요령 통지청구권에 관해서 회사법 제305조 제4항은 형식적인 수량제한을 규정하고 있고, 회사법 제305조 제6항은 내용상 제한사유를 규정하고 있다. 주주제안이 ①법령·정관에 위반하는 경우, 또는 ②주주총회에서 총주주의 의결권의 10% 미만의 찬성만 얻은 의안(부결된 의안)의 결의일로부터 3년이 경과하지 않았는데 실질적으로 동일한 의안을 제안한 경우(이른바 ‘泡沫提案’) 의안요령통지청구권 행사를 제한하는 것이다. 泡沫提案의 제한은 가결 가능성 없는 의안을 계속 제안하는 주주제안권의 남용적 행사를 방지하기 위한 것이다. 회사법은 주주제안권의 수량제한과 제한사유의 적용순서에 관해서 특별한 규정을 두고 있지 않기 때문에 두 제한 규정의 적용순서에 의문이 있을 수 있다.

① 우선 수량제한으로 10개의 의안을 선정한 후, 그 10개 중에서 내용상 제한규정을 적용하는 방법과 ② 모든 의안에 대해서 목적 등 의안제한 규정을 먼저 적용한 후 10개의 의안을 선정하는 방법이 있다. 회사법제부회의 논의에서는 ①의 방법에 의해야 한다는 의견이 제시되었지만, 회사의 판단으로 ②의 방법을 택하는 것이 금지되는 것은 아니라고 한다.⁴⁷⁾

43) 齊藤眞紀, “2019年會社法改正-株主提案權の規制,” 「ジュリスト」 No.1542(2020.3), 29면. 회사법제부회에서 외국의 예로 정관상 “he”를 “he/she”로 바꾸는 예가 거론되었다. 제11회 회의의사록, 48면(藤田友耕위원 등 발언).

44) 岩崎友彦/西村修一/濱口耕輔(編著), 전게서, 96면.

45) 竹林俊憲(編著), 전게서, 64면.

46) 竹林俊憲(編著), 전게서, 64면.

①의 방법은 형식적으로 먼저 10개를 추린 후 그 중에서 내용상 제한사유가 있는 의안을 배제하면 되므로 회사에게 간편한 방법이다. 10개 중에서 내용상 제한사유가 있는 의안이 있다면 실제로 채택되는 의안이 10개 미만이 될 수 있다.⁴⁸⁾ 이에 대해 ②의 방법은 모든 의안에 대해서 내용상 제한사유가 없는지 검토한 후 그 중 10개를 추리는 것이므로 의안의 선정에 ①보다 시간이 더 소요될 수 있지만, 주주에게는 10개까지는 의안요령 통지청구가 확실하므로 유리하다. 어느 방법에 의하느냐에 따라 회사와 주주에게 미치는 영향이 다른데 회사법에서 명문규정을 두지 않은 것은 의문이 있다. 실무자들의 해설서에서는 어느 방법도 허용되지만, ①의 방법이 합리적이라고 한다.⁴⁹⁾

3.3.6. 수량제한에 의해 선정되지 않은 의안의 처리

제305조 제6항의 泡沬提案등은 제안의 내용에 의한 제한사유이고, 제305조 제4항의 수량제한은 의안의 수에 따른 형식적 제한으로서 제한사유의 성질이 다르다.

수량제한에 의해 거절되어서 주주총회 안건으로 제출되지 않은 의안이 다음 주주총회에 泡沬提案처럼 제안이 제한되는지 의문이 있을 수 있으나, 수량제한 때문에 아예 의결권제한의 대상이 된 의안은 가결 가능성 여부를 판단할 수 없는 것이다. 泡沬提案의 제한취지에 비추어 다음 주주총회에서 제출할 수 있다고 본다.⁵⁰⁾

4. 기타 논의사항과 과제

입법과정에서 개정 의견이 제출되거나 논의되었지만 입법으로 실현되지 못한 사항으로 주목할 만한 사항이 있다.

첫째, 업무집행사항에 관한 의안제출 제한 의견이 제출되었다. 법제심의회 회사법제부회에서 업무집행사항에 관한 정관변경안의 제출을 제한해야 한다는 의견이 있었다. 일본에서 주주제안의 반 이상이 정관변경안으로서 그 내용은 업무집행에 관한 사항이었는데, 이러한 안에 관해서 찬성비율이 극히 저조하였다는 점, 주주총회가 업무집행사항에 관하여 결정하는 것은 적절하지 않다는 점, 정관에 일상적 업무집행사항을 정한 경우 기동성 있고 유연한 경영판단에 지장을 초래한다는 점 때문에 업무집행사항에 관한 의안 제출은 제한되어야 한다는 의견이 있었다. 결국 이 문제는 회사법상 회사의 기관상호간의 권한분배에 관련된 문제이기 때문에 신중하게 검토해야 한다는 지적에 따라 제한 대상으로 명시하지는 않았다.⁵¹⁾

둘째, 개정법안에서는 주주제안권의 행사 목적에 따라 주주제안권의 행사를 제한해야 한다는 의견이 있었다.⁵²⁾ 의안제안권과 의안요령 통지청구권의 경우 “명백히 허위이거나 오로지 타인의 명예를 훼손하거나 모욕할 목적으로 인정되는 경우,” “주주총회의 적절한 운영을 현

47) 岩崎友彦/西村修一/濱口耕輔(編著), 전게서, 101면.

48) 神田秀樹, “會社法制の見直しに関する要綱案の解説(II),” 「商事法務」 No.2192(2019), 9면.

49) 岩崎友彦/西村修一/濱口耕輔(編著), 전게서, 101면.

50) 竹林俊憲(編著), 전게서, 67면.

51) 竹林俊憲(編著), 전게서, 68면.

52) 齊藤眞紀, 전게논문, 32면.

저히 방해하여 주주공동의 이익이 침해될 우려가 인정되는 경우”에는 권리 행사를 제한하는 규정이 존재하였다. 그러나 중의원 법무위원회에서 민법상 권리남용법리와 관계 정리가 필요하다는 지적, 주주제안이 권리남용에 해당하는지 여부에 관하여 보다 명확하게 규율을 검토해야 한다는 지적이 있어서 목적등에 따른 주주제안권 제한 규정안은 삭제하였다.⁵³⁾

셋째, 주주제안권을 주주총회일 8주전까지 행사하여야 하는 규정(제303조 제2항, 제305조 제1항)을 개정해서 단축해야 한다는 의견이 개진되었다. 기한을 앞당겨야 한다는 이유로는 현재 일본에서 주주총회 소집통지가 조기에 발송되고, 발송 전에 소집통지를 공시하는 상장회사가 증가하고 있는데, 제안권 행사요건의 충족 여부의 확인, 제안내용 검토 및 이사회 의견작성 등 준비작업을 위해 충분한 시간을 확보할 수 없다는 점을 들었다.⁵⁴⁾ 그러나 주주가 제안권 행사 여부와 내용 검토에 충분한 시간을 확보할 수 없다는 이유 때문에 반대의견이 많아서 개정되지 아니하였다.⁵⁵⁾

5. 우리나라법과의 비교 및 시사점

종래 우리나라에서 주주제안권에 관한 논점은 다음 몇 가지이다.

(1) 상장회사 소수주주가 상법 일반규정에 의해서 주주제안권을 행사할 수 있는지 여부(소위 선택적 행사설, 중첩적 적용설, 배타적 적용설의 대립)(제542조의6 제2항과 제363조의2항의 적용관계), (2) 반복제안 제한규정(제363조의2 제3항 전단, 시행령 제12조 제1호)의 적용과 관련하여 상장회사의 소수주주가 주주총회에서 부결된 안건과 동일한 안건을 목적으로 하는 임시주주총회를 소집하는 것이 허용되는지 여부,⁵⁶⁾ (3) 주주제안권 제한사유의 합리성 여부, (4) 주주제안권 행사기한의 타당성 여부이다.

5.1. 주주제안권의 유형 구별

일본의 입법과정에서 제기된 의견들과 입법은 (2)(3)(4)의 논점을 해결하는 데 참조할 만하다. 근본적으로 일본에서 주주제안권을 개념상으로 의제제안권(제303조), 의안제안권(제304조), 의안요령 통지청구권(제305조)으로 구분하여 각각의 규율을 달리하고 있는 입법은 우리나라 입법에 참조할 점이 있다. 우리나라 상법은 주주제안권이라는 제목 하에 “일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 권리” (상법 제363조의2 제1항)라고 의제제안권과 의안제안권의 구분 없이 포괄하여 규정하고 있다. 이 때문에 예를 들어 주주제안권의 제안제한 사유 중 3년 내 반복제안금지가 의제제안에도 적용되는 것처럼 이해하는 입장이 있다. 법에서는 “동일한 의안”이라고 규정하여 의제제안권은 반복제안 금지의 적용대상이 아니라고 볼 여지도 있다. 그러나 우리나라 문헌은 이 문제를 거론하고 있지 않거나 의제제안권도 반복제안 제한의 대상이 됨을 전제로 한다.

53) 岩崎友彦/西村修一/濱口耕輔(編著), 전게서, 84면.

54) 竹林俊憲(編著), 전게서, 71면.

55) 岩崎友彦/西村修一/濱口耕輔(編著), 전게서, 83면.

56) 서울고법 2005. 5. 13.자 2004라885 결정.

5.2. 주주제안권의 수량제한 여부

우리나라 상법은 주주제안권의 수량 제한을 가하고 있지 않지만, 과도한 주주제안이 권리남용에 해당할 여지가 있다.⁵⁷⁾ 우리나라에서는 수량제한에 관한 문제가 크게 제기되지 않았다. 주주제안권의 행사사례가 많지 않고 주주총회에 상정된 것도 많지 않았기 때문이다.

그러나 주주제안권 행사사례는 점차 증가하고 있다.⁵⁸⁾ 이것은 스투어드십 코드에서 기관투자자의 경영관여 책임,⁵⁹⁾ 경영관여 활동이 강조되는 추세와 무관하지 않다. 스투어드십 코드에 따르면 기관투자자는 이사회가 그 책임을 충실히 이행하는지 점검하고 필요에 따라 이사회와 적극 대화하는 등 건설적인 관여활동에 나설 책임이 있다. 관여활동의 범위는 의결권 행사뿐만 아니라, 기업 경영전략과 성과, 위험 관리, 지배구조 등 핵심 경영사항에 대한 점검과 이사회 등과의 협의를 포함하며, 주주제안과 소송 참여 등 보다 적극적인 형태의 활동을 포괄하며, 회사와의 대화를 포함하는 광범위한 주주활동에 미친다.⁶⁰⁾ 배당관련 주주제안 등 적극적 유형의 스투어드십 주주활동도 포함된다.

종래 주주제안권 행사자체가 많지 않았던 것이 문제였던 반면에 주주제안권의 남용행사에 관해서도 검토할 시점이다. 주주제안권이 소수주주의 의견표명 기회보장이라는 이익과 남용적 주주제안권 행사에 의해 시간, 비용을 들이게 되는 경우 회사와 다른 주주가 입을 불이익을 함께 고려해야 한다.

일본에서 수량제한 문제에서 유사한 안건을 동일한 안건으로 처리하는 것, 복수의 주주들이 공동으로 주주제안을 한 경우 공동주주 모두가 제안을 한 것으로 처리하는 것은 우리 상법상 반복제안 제한의 해석에도 참고할 점이 있다.

5.3. 주주제안권의 내용적 제한

일본에서 입법으로 실현되지는 못하였지만 업무집행사항에 관한 의안제출 제한 여부, 부당한 목적에 관한 의안제출 제한 여부에 관한 논의는 우리나라에서도 되새길 필요가 있다. 당한 목적에 의한 주주제안의 제출을 제한하는 규정은 법제심의회회사법제(기업통치관계) 부회에서 조사심의하고, 당초 요강은 이러한 제한을 두었고(요강 제1부 제2의2), 개정법안에 대해서 부당한 목적에 의한 의안제출을 제한하는 규정을 신설하는 안이 검토되었다. 그러나 중의원 법무위원회에서 민법상 권리남용에 관한 일반 법리와의 관계를 정리해야 한다는 지적, 주주제안이 권리남용에 해당하는지 여부에 관하여 보다 명확한 규율을 검토해야 한다는 지적이 있었고, 권리남용에 해당하는 주주제안권의 유형에 관하여 정치한 분석이 이루어져야 한다고 보고 목적에 의한 제한 부분은 삭제되었다.⁶¹⁾

57) 김건식/노혁준/천경훈, 「회사법」(제4판), (2020, 박영사), 301면.

58) 주주제안권이 안건으로 상정된 건수는 2016년 32건, 2017년 70건, 2018년 72건, 2019년 111건, 2020년 119건으로 증가추세이다. 자료: 대신지배구조연구소.

59) “기관투자자의 수탁자 책임에 관한 원칙”, 2016. 12. 16, “원칙”의 의의 3.

60) “기관투자자의 수탁자 책임에 관한 원칙”, 2016. 12. 16. “원칙”의 의의 5.

61) 竹林俊憲(編著), 전게서, 49면.

우리나라에서 주주제안의 제한 거절 사유를 명정하고 있지만 이러한 사유에 해당하지 않으면 어떠한 주주제안도 적법한 것인가? 일반적으로 주주총회의 권한 외의 사항의 제안은 적법한 주주제안이 아니라고 해석되어 제안거절 사유에 해당한다고 보는 것 같다. 환경단체에 대한 기부, 원전 폐지와 같이 사회적 운동의 방편으로 주주권을 행사하는 것은 금지되는가? 이것은 주주제안권의 본래 취지에는 벗어나므로 거절되어야 하는가? 이 문제는 점차 상장회사, 스톡옵션 코드에서 ESG에 대한 의식 고조를 강조하는 상황에서 심도 있는 논의가 필요하다.

5.4. 주주제안에 대한 회사의 처리결과의 통지

주주제안은 주주총회일 6주 전까지 행사하는 것이다. 법문상 주주가 제안 후 제안의 처리 결과에 관하여 알 수 있는 방법은 주주총회 소집통지를 받은 때이다. 주주의 주주제안권 행사에 관하여 회사의 처리 결과의 통지의무는 명시하고 있지 않기 때문이다.

입법과정에서 제안내용에 관하여 회사가 주주총회 소집통지를 받지 않고도 알 수 있는 기회를 부여하는 것이 바람직하므로, 회사가 주주의 의안요령 통지청구를 받은 때에 그 결과를 통지할 의무를 명시하자라는 주장이 있었다. 우리나라에서도 참조할 만한 해석이다.⁶²⁾

IV. 이사, 이사회, 위원회

1. 개관

2019년 개정 회사법에서 이사, 이사회 제도에 주목할 만한 많은 개정이 있었다. (1) 사외 이사의 활용 측면에서 1) 사외이사에 대한 업무집행 위탁제도가 도입되었고(제348조의2) 2) 사외이사 설치를 의무화하였다(제327조의2).

(2) 이사에 대해 적절한 인센티브 부여를 위한 장치를 확충하기 위해서 1) 이사의 보수결정권자 명확화, 이사 개인별 보수의 결정, 2) 보상계약의 인정, 3) 임원배상책임보험계약의 명문 규정이 설치되었다. (3) 이사의 책임추궁의 소에서 화해절차가 정비되었다(제849조의2).

2. 이사의 보수등⁶³⁾

2.1. 회사법상 보수규제의 개요

62) 齊藤眞紀, 전계논문, 33면 주27).

63) 개정 회사법의 보수 규제를 다룬 문헌으로 久保田安彦, “令和元年會社法改正と取締役の報酬等規制,” 別冊商事法務編集部(편), 「令和元年改正會社法②」, 別冊商事法務 No.454(商事法務, 2020), 134면; 前田雅弘, “(2019年會社法改正-取締役の報酬規制,” 「ジュリスト」 No.1542(2020.3), 34면.

2.1.1. 2019년 개정 회사법 이전⁶⁴⁾

2019년 회사법 개정 전에도 일본의 보수규제는 우리나라 상법보다 상세하였다. 일본은 보수액에 관해 정관에 규정을 두거나 주주총회의 결의를 얻을 것만 요구하는 1개 조문만 두었다(2002년 개정 전 상법 제269조), 2002년 상법 개정에서 이사의 보수 유형을 금전형 보수 중 고정급, 금액이 확정되지 않은 변동보수, 그리고 금전 이외의 보수로 구분하였다(2002년 개정 상법 제269조 제1항 제1호 내지 제3호). 정관 또는 주주총회로 정할 사항을 명확하게 하여 ① 확정금액 보수는 그 금액, ② 불확정금액 보수는 그 구체적 산정방법, ③ 금전 이외의 보수는 그 구체적 내용을 정하여야 하고, ①②는 이사회가 주주총회에 의안내용의 상당한 이유를 개시하여야 하였다.

2005년 제정 회사법은 2002년 개정 상법을 따르되, 위원회설치회사와 위원회비설치회사를 구분하여 보수규제를 달리하였다. 위원회 설치회사는 보수의 유형과 유형별 결정 방법에 관하여 2002년 개정 상법과 같고(제361조 제1항, 제2항), 위원회설치회사는 회사법 제361조에도 불구하고 보수위원회가 집행임원과 이사 개인별 보수결정의 방침을 정하고 이 방침에 따라 개인별 보수 내용을 결정하도록 규정하였다(제404조 제3항).

2.1.2. 보수규제 개정의 배경

보수규제의 개정은 두 가지 점을 배경으로 한다. 우선 종전 보수규제가 이익상충 방지를 위해서 충분하지 않았다는 점이다. 개정 전에는 이사의 보수등은 정관 또는 주주총회 결의로 개괄적으로 정하면 충분하고, 이사의 개인별 보수등 내용을 구체적으로 정할 필요는 없이 보수내용의 결정은 이사회에 위임할 수 있는 것으로 이해되었다.⁶⁵⁾ 나아가 실무에서는 이사의 개인별 보수의 결정의 위임을 받은 이사회가 그 결정을 다시 대표이사에 일임하는 것이 일반적이어서, 주주에게 보수결정 절차가 투명하지 않았다고 평가⁶⁶⁾되었다. 이러한 관행은 보수의 이익상충방지를 위해서 충분하지 않다고 인식될 수 있었다.

둘째, 보수규제의 기능 변화에 주목할 필요가 있다. 2019년 개정 전 보수규제는 일반적으로 과도한 보수가 주주이익을 해칠 위험을 배제하기 위한 “이익상충방지”를 위한 취지가 있다고 이해되었다.⁶⁷⁾ 이에 대해 최근에는 보수규제가 단순히 과도한 보수의 방지에 그치지 않고, 보수가 경영자에 대한 인센티브 부여 기능 또는 경영자에 대한 감독으로서 적극적으로 기능을 담당해야 한다는 견해가 적지 않았다.⁶⁸⁾ 투자자측에서 변화된 보수규제의 기능을 감안하여 이사의 보수등 내용을 적절성을 도모하기 위한 규제의 정비가 회사지배구조 강화 관점에서 중요하다는 점, 실무가측에서 종전 규제에 의할 때 업적연동 보수의 부여 관련 법률이 명확하지 않다는 점이 보수의 인센티브 부여 기능의 저해요인이라고 지적되었다.⁶⁹⁾

64) 2019년 개정 회사법 이전 일본의 보수 규제에 관하여 실체법적 규제와 공시규제에 관하여 상세는 최문희, “임원의 보수규제에 관한 고찰—최근의 국제적 동향과 입법례를 중심으로—”, 『경영법률』, 제20집 제3호(한국경영법률학회, 2010. 4), 159면; 임원의 개별보수 규제에 관하여 최문희, “임원의 개별보수 공시제도의 개요와 개선과제”, 『BFL』 제60호(2013. 7), 95-99면.

65) 久保田安彦, 전계논문, 別冊商事法務編集部(편), 전계서, 134면

66) 黒沼悦郎, 「전계서, 130면; 竹林俊憲(編著), 전계서, 74면.

67) 江頭憲治郎, 전계서, 451면; 神田秀樹, 전계서, 246면; 田中亘(집필), 落合誠一(編), 「会社法コンメンタール8」 機関[2], (商事法務, 2009), 149면.

68) 前田雅弘, 전계논문, 35면 주1)의 문헌.

69) 竹林俊憲(編著), 전계서, 73면.

2.1.3. 2019년 신설 보수규제의 개관

2019년 개정 회사법은 종전의 보수규제의 기본 구조를 유지하면서 보수규제의 기능 변화에 적응하여 새로운 규제를 도입하였다. ① 상장회사등⁷⁰⁾의 이사회는 정관 또는 주주총회 결의로 이사 개인별 보수등 내용이 구체적으로 정해지지 않은 경우에는 그 내용에 관한 보수결정 방침을 정해야 한다는 것(제361조 제7항), ② 보수등으로 주식 또는 신주예약권을 부여한 경우에 정관 또는 주주총회 결의로 당해 주식 또는 신주예약권의 수의 상한 등을 정해야 한다는 것(제361조 제1항 제3호·제4호), ③ 상장회사에서 업적연동형보수로서 주식을 발행한 경우에 모집주식⁷¹⁾과 교환하여 금전납입을 하지 않아도 된다는 점(제202조의2 제1항, 제2항). 기타 회사법시행규칙에서는 ④ 이사의 보수등에 관한 사항에 공개회사의 사업보고의 정보개시의 충실을 도모하기 위한 규정 개정이 예정되어 있다.

[표4] 이사의 보수등 결정방침

회사법 제361조(신설 사항은 밑줄 음영)
<p>① 이사의 보수, 상여 기타 직무수행의 대가로 주식회사로부터 받는 재산상 이익(이하 이 장에서 “보수등”이라 한다.)에 관하여 다음 각호의 사항은 정관에서 그 사항을 정하지 않은 경우에는 주주총회 결의로 정한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 보수등 중 가액이 확정된 것에 관해서는 그 가액 2. 보수등 중 가액이 확정되지 아니한 것에 관해서는 그 구체적 산정방법 3. <u>보수등 중 그 주식회사의 모집주식(제199조 제1항에 규정한 모집주식⁷²⁾을 말한다. 이하 이 항 및 제409조 제3항에서 같다.)에 관해서는 그 모집주식의 수(종류주식 발행회사에서는 모집주식의 종류 및 종류별 수)의 <u>상한</u> 기타 <u>법무성령에서 정하는 사항</u></u> 4. <u>보수등 중 그 주식회사의 모집신주예약권(제238조 제1항의 모집신주예약권⁷³⁾을 말한다. 이하 이 항 및 제409조 제3항에서 같다.)에 관해서는 그 모집신주예약권의 수의 <u>상한</u> 기타 <u>법무성령에서 정한 사항</u></u> 5. <u>보수등 중 다음 가목 또는 나목의 사항과 교환하여 납입에 충당하기 위한 금전에 관해서는 가목, 나목에 정한 사항</u> <ol style="list-style-type: none"> 가. <u>그 주식회사의 모집주식: 이사가 인수한 그 모집주식의 수(종류주식발행회사의 경우 모집주식의 종류 및 종류별 수)의 <u>상한</u> 기타 <u>법무성령에서 정한 사항</u></u> 나. <u>그 주식회사의 모집신주예약권: 이사가 인수한 그 모집신주예약권의 수의 <u>상한</u> 기타 <u>법무성령에서 정한 사항</u></u> 6. <u>보수등 중 금전이 아닌 것(그 주식회사의 모집주식 및 신주예약권은 제외한다.)에 관해서는 그 구체적 내용</u> <p>② 감사등위원회 설치회사에서는 전항 각호 사항은 감사등위원인 이사와 기타 이사를 구별하여 정하여야 한다.</p> <p>③ 감사등위원이 아닌 이사의 보수등에 관하여 정관의 정함 또는 주주총회 결의가 없는 경우에는 그 보수 등은 제1항의 보수등의 범위내에서 감사등위원인 이사의 협의로 정한다.</p> <p>④ <u>제1항 각호의 사항을 정하거나 이를 개정하는 의안을 주주총회에 제출한 이사는 그 주주총회에서 그 사항이 상당하다고 하는 이유를 설명하여야 한다.</u></p> <p>⑤ 감사등위원인 이사는 주주총회에서 감사등위원인 이사의 보수등에 관하여 의견을 진술할 수 있다.</p> <p>⑥ 감사등위원회가 선정한 감사등 위원은 주주총회에서 감사등위원인 이사 이외의 이사의 보수등에</p>

70) 감사회설치회사로서 공개회사이고 또한 대회사이어야 하며, 금융상품거래법 제24조 제1항의 유가증권보고서를 제출해야 하는 회사) 및 감사위원회 설치회사이다.

71) 모집주식은 모집에 응하여 주식인수의 청약을 한 자에게 배정하는 주식이다(제199조 제1항 괄호부분).

관하여 감사등위원회의 의견을 진술할 수 있다.

⑦ 다음 각호의 주식회사의 이사회는 이사(감사등위원인 이사는 제외한다. 이하 이항에서 같다.)의 보수등 내용으로서 정관 또는 주주총회 결의로 제1항 각호의 사항을 정한 경우에 (중략) 이사의 개인별 보수등의 내용 결정에 관한 방침으로서 법무성령에서 정한 사항을 결정하여야 한다. 단 이사의 개인별 보수등 내용이 정관 또는 주주총회 결의로 정해진 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 감사회설치회사(공개회사이고 또한 대회사에 한한다)로서 금융상품거래법 제24조 제1항의 규정에 의해 그 발행하는 주식에 관하여 유가증권보고서를 내각총리대신에게 제출할 의무가 있는 회사
2. 감사등위원회설치회사

2.2. 보수등 결정방침 결정 의무

2.2.1. 대상회사와 대상자

감사회설치회사 중 공개회사⁷⁴⁾이고 또한 대회사⁷⁵⁾로서 금융상품거래법 제24조 제1항에 따라 유가증권보고서 제출의무를 부담하는 회사와 감사등위원회설치회사이다. 지명위원회등 설치회사에서는 회사법 제409조에 따라 보수위원회가 집행임원 등 개인별 보수등 내용에 관한 방침을 정하도록 하기 때문에 제306조 제7항은 적용되지 않는다.

사외이사 설치의무가 없는 소규모회사에서는 이사, 주주등의 관계자가 친족등 가까운 관계에 있는 경우가 많은데, 상장회사에서처럼 이사회에서 이사 개인별 보수등 내용에 관한 결정방침, 절차의 투명성을 더 강화할 필요성은 크지 않다고 보고 제306조 제7항의 의무를 부과하지 않았다.⁷⁶⁾

2.2.2. 입법취지

상장회사등에서 2019년 개정 회사법에서 사외이사 설치의무가 도입되어(제327조의2, 제331조 제6항), 이사회에 사외이사가 참가하고 이사회에 의한 이사의 직무집행의 감독을 제고하고 있다. 입법담당자의 설명에 의하면 이러한 회사에서 이사의 보수등 내용 결정절차에서도 사외이사의 관여가 중요하기 때문에 이사회에서 이사 개인별 보수등 내용의 결정에 관한 방침을 결정하도록 한 것이다.⁷⁷⁾

2.2.3. 보수등 방침 결정의무와 결정자

2.2.3.1. 개인별 보수에 관한 방침 결정의무

이사의 보수등액과 구체적 내용을 정관 또는 주주총회 결의로 정하여야 하지만(제361조 제

72) 모집주식은 모집에 응하여 주식인수의 청약을 한 자에게 배정하는 주식이다(제199조 제1항).

73) 모집신주예약권은 모집에 따라 신주예약권 인수의 청약을 한 자에게 배정하는 신주예약권이다(제238조 제1항).

74) 공개회사란 모든 종류의 주식에 관하여 양도제한이 없는 회사 및 일부 종류의 주식에 대해서만 양도제한이 있는 회사이다(제2조 제5호). 상세는 앞의 주16).

75) 대차대조표상 자본금액이 5억엔 이상 또는 부채액이 200억엔 이상인 회사이다(제2조 제6호).

76) 竹林俊憲(編著), 전게서, 77면.

77) 竹林俊憲(編著), 전게서, 77면.

1항), 2019년 개정전 회사법 하에서 일반적으로 정관 또는 주주총회 결의에서는 이사 전원에 게 지급하는 총액등만 개괄적으로 정하기만 하면 개별 이사의 보수등까지 구체적으로 정할 필요는 없고 이사회에 그 결정을 위임할 수 있다고 해석되었다.⁷⁸⁾

개정법에 따르면 이사 개인별 보수등액과 구체적 내용을 정관 또는 주주총회 결의로 정한 경우가 아닌 한 “보수등 결정방침”을 이사회에서 정하여야 한다(제361조 제7항). 여러 회사에서 전통적 실무처럼 주주총회에서 보수등 총액의 상한만 정한 경우에는 이사회에서 개별 이사의 “보수등 결정방침”을 정하여야 한다. “보수 등 결정방침”이란 “이사...의 보수 등 내용으로서 정관 또는 주주총회 결의로 제361조 제1항 각호에 제기한 사항에 관하여 정한 경우”의 “그 정한 경우의 바탕이 된 이사 개인별 보수등 내용 결정에 관한 방침으로서 법무성령에서 정한 사항”이다.⁷⁹⁾

2.2.3.2. 이사회 결정의 위임 가부

(1) 이사에 대한 위임 가부

이사의 개인별 보수등 방침은 이사회에서 정하여야 하는데 이사에 대한 위임이 허용되는지 문제된다. 감사등위원회 설치회사의 경우 이사 과반수가 사외이사인 경우 이사회가 그 결의로 ‘중요한 업무집행의 결정’을 이사회에 위임할 수 있다(제399조의13 제5항 본문). 단 이사의 개별보수의 결정방침의 결정은 그러하지 않다(제399조의13 제5항 단서, 제361조 제7항). 이처럼 감사등위원회설치회사에서는 이사의 개별보수의 결정방침을 이사회에 위임할 수 없다⁸⁰⁾는 것이 명백하다.

나머지 회사에서는 어떠한가? 이 규정은 이사의 개별보수의 결정방침 결정이 제399조의13 제5항의 “중요한 업무집행”에 해당함을 전제로 한 것이라고 이해되기 때문에, 이사에 대한 위임은 허용되지 않는다고 본다.⁸¹⁾ 이사 개인별 보수등 내용에 관한 방침 결정 의무를 부과한 것은 개별 이사의 보수등 내용의 결정절차에 관한 투명성을 기하기 위한 것이므로 특정 이사회에 위임하는 것은 허용되지 않는다는 해석도 마찬가지이다.⁸²⁾

(2) 이사회내 위원회에 대한 위임 가부

이사회 내 보수위원회에 위임하는 것은 어떠한가? 감사등설치회사 또는 감사위원회설치회사는 보수위원회 설치가 강제되지는 않지만, 이사등의 보수의 투명성을 기하기 위하여 임의로 사외이사가 과반수인 보수위원회를 설치하고 있다. 보수위원회는 과반수가 사외이사로 구성되어 있기 때문에 개별보수의 결정을 보수위원회에 위임할 수 있다고 생각할 여지가 있겠으나, 이사 개인에 대한 위임이 불가능하다는 논거와 같은 이유로 위임할 수 없다고 한다.⁸³⁾

78) 江頭憲治郎, 전게서, 452면.

79) 아래 2.2.4.

80) 岩崎友彦/西村修一/濱口耕輔(編著), 전게서, 112면.

81) 久保田安彦, 別冊商事法務編集部(편), 전게서, 138면; 前田雅弘, 전게논문, 35면.

82) 神田秀樹, 전게서, 251면; 竹林俊憲(編著), 전게서, 82면.

83) 竹林俊憲(編著), 전게서, 82면.

(3) 대표이사에 대한 재임임 거부

이사회가 대표이사에 재임임하는 것이 허용되는지에 대해서는 학설이 갈린다. 종래 일본의 실무에서 주주총회 결의로 이사회에 각 이사의 보수등 결정을 위임하고, 이사회는 다시 대표이사에 재임임한 사례가 많았다.⁸⁴⁾ 2019년 회사법 개정 전의 해석론은 갈리었다. 최고재판소 판례는 이사회에서 사장 및 전무이사의 보수총액을 결정하고, 이 두 사람 사이의 배분은 사장에게 일임한 사례에서 대표이사에 대한 재임임이 인정된다고 보았다.⁸⁵⁾ 학설도 한도액이 주주총회에서 결정되었기 때문에 회사를 해할 우려가 없다는 이유로 판례에 찬성하는 입장이 다수설이었다.⁸⁶⁾ 이에 대해서 대표이사에 대해 재임임하는 경우 이사회에 대표이사에 대한 감독이 곤란해지므로 재임임은 허용되지 않는다는 재임임불가설, 재임임을 위해서는 이사진원의 동의를 필요하다는 재임임제한설이 유력하였다.⁸⁷⁾

2019년 개정 회사법 하에서 대표이사에 대한 위임이 허용되는지 문제된다. 뒤에서 보는 것처럼 회사법시행규칙안은 방침의 내용으로 재임임결의의 여부를 포함하고 있어서(제98조의5 제6호) 재임임 자체의 허용을 전제하는 것처럼 보이는 한다. 재임임한 경우 사업보고에 기재하고, 주주총회에 보고하도록 함으로써 사후적으로 주주총회가 관여하도록 하는 것이다. 그러나 대표이사에 대해 대표이사에게 일단 일임하고 주주총회에 사후보고하는 것으로 보수통제가 충분한지에 대해서는 의문이 제기되고 여전히 재임임은 제한적으로 허용되어야 한다는 입장이 유력하다.⁸⁸⁾

2.2.4. 결정방침의 구체적 내용

개정 회사법의 시행사항을 정한 “회사법시행규칙등의 관계성령의 개정안”이 2020. 9. 1.에 공포되어, 9. 30.까지 의견모집(피블릭코멘트)을 거친 후 그 결과가 2020. 10. 16.에 공포되었다. 보수결정방침에 관한 회사법시행규칙안(제98조의5 제1호 내지 제8호)에서 정한 구체적 내용은 다음과 같다.

①이사 개인별 보수등(아래 ②③은 제외)의 가액, 그 산정방법의 결정 방침, ②이사 개인별 보수등 중 업적연동보수등이 있는 경우 그 업적지표내용 및 업적연동보수등의 가액, 수의 결정에 관한 방침, ③이사 개인별 보수등 중 비금전보수등이 있는 경우 그 내용, 수, 그 산정방법 결정에 관한 방침, ④위 ①②③의 비율결정에 관한 방침, ⑤이사에 대한 보수등의 부여시기, 조건결정에 관한 방침, ⑥이사 개인별 보수등의 내용에 관한 결정의 전부 또는 일부를 이사 기타 제3자에게 위탁하는 경우 그 사항, ⑦이사 개인별 보수등의 내용에 관한 결정방법(⑥은 제외), ⑧위 ① 내지 ⑦ 이외에 이사의 개인별 보수등의 내용 결정에 관한 중요한 사항이다.

②의 업적연동보수등의 내용이란 이사 개인별 보수등을 업적에 연동시키는 경우에 사용할 업적지표등이 포함된다. 업적지표란 예를 들어 주가, 손익계산서상의 수치(매출액, 영업이익,

84) 久保田安彦, 전계논문, 別冊商事法務編集部(편), 전게서, 138면; 黒沼悦郎, 전게서, 130면; 竹林俊憲(編著), 전게서, 74면; 田中亘(집필), 落合誠一(編), 「会社法コンメンタル8」 機関[2], (商事法務, 2009), 166면.

85) 最高裁判所 1956. 10. 5. 民集 29호, 409면[田中亘(집필), 전게서, 167면에서 재인용].

86) 江頭憲治郎, 전게서, 454면 주6). 이 입장을 취한 문헌의 정리는 田中亘(집필), 전게서, 167면.

87) 伊藤靖史, 「經營者の報酬の法的規律」, (有斐閣, 2013), 268면.

88) 久保田安彦, 전계논문, 別冊商事法務編集部(편), 전게서, 138면, 142면 주20; 前田雅弘, 전계논문, 38면.

경상이익, 당기순이익), 자기자본이익률(ROE) 등의 재무지표이다.⁸⁹⁾

⑦이사 개인별 보수등의 내용에 관한 결정방법의 예로서 대표이사에게 이른바 재일임하는 지 여부, 임의로 보수위원회를 설치하는지 여부를 들고 있는데,⁹⁰⁾ 대표이사에게 위임하는 것 자체가 유효하다는 것을 전제로 하고 있다.

2.2.5. 개인별 보수등에 관한 이사의 설명의무 여부

이사는 제361조 제4항에 따라 제1항 각호의 사항을 정하거나 이를 개정하는 의안을 주주총회에 제출한 경우 주주총회에서 그 사항의 상당성에 관한 이유를 설명할 의무를 부담한다. 이와 대조적으로 법문상 제361조 제7항에 관한 설명의무는 명시되어 있지 않다. 명시규정은 없지만 주주의 판단을 돕기 위해서 개인별 보수의 결정 방침에 관한 설명도 필요하다는 입장이 있다.⁹¹⁾ 이사가 보수등에 관한 의안을 주주총회에서 제출하여 그 가결 후 이사회에서 주주총회에서 정한 의안에 기초하여 이사 개인별 보수등의 내용에 관하여 결정 방침을 결정하거나 변경하게 된다. 여기서 개인별 이사의 보수결정 방침의 내용은 주주가 주주총회의 보수 의안의 찬반을 결정하는 데 중요한 정보에 해당할 수 있기 때문에, 이사는 주주총회에서 의안의 상당성을 설명할 때 개인별 보수의 내용에 관한 결정방침의 내용도 설명할 필요가 있다고 한다.

2.2.6. 감사등위원인 이사에 대한 비적용

감사등위원회설치회사에서는 감사등위원인 이사에 대해서는 제306조 제7항은 적용되지 않고, 감사등위원을 겸하지 않는 이사에 대해서만 적용된다. 감사의 보수는 이사의 의사가 반영되지 않도록 이사의 보수와 별개로 정하고, 정관 또는 주주총회에서 이를 정하지 않은 경우에는 감사들의 협의로 정한다(제387조 제1항, 제2항). 이 규정과 마찬가지로 감사등위원을 겸하는 이사의 보수등도 이사회 다수파의 의사에 의해서 결정되지 않도록 감사등위원인 이사와 감사등위원이 아닌 이사를 구별하여 정한다.

이처럼 이사를 감사등위원인지 여부에 따라 구별하여 적용하도록 한 이유는 제306조 제2항, 제3항과 정합성을 기하기 위함이다. 이사의 보수등을 규정한 제306조 제1항 각호의 사항은 감사등위원인 이사와 기타 이사를 구별하여 정하도록 하고 있기 때문에(제306조 제2항), 감사등위원인 이사의 보수에 관해서는 정관 또는 주주총회 결의로 각 이사의 보수등을 정하지 않은 경우에는 제361조 제1항의 범위 내에서(주주총회 결의로 총액의 상한을 정한 경우에는 그 범위 내에서) 감사등위원인 이사의 협의로 정하여야 한다(제361조 제3항). 이사회가 이들의 보수등 결정방침을 정할 여지가 없는 것이다.

2.3. 주식, 신주예약권을 보수로 지급하는 경우

2.3.1. 개정이유

입법과정에서 중간시안에 대한 설명에서 ‘인센티브 부여 관점에서 회사의 주식 또는 신

89) 竹林俊憲(編著), 전게서, 76면.

90) 竹林俊憲(編著), 전게서, 76면.

91) 竹林俊憲(編著), 전게서, 80면.

주예약권을 보수등으로 하는 것의 중요성' 이 지적되었다. 이와 다른 각도에서 회사의 모집 주식 또는 모집신주예약권을 이사의 보수로 정한 경우에는, 기존 주주는 지주비율 저하와 희석화로 인한 경제적 손실을 입을 가능성이 있기 때문에 주주쪽에서 희석화에 의한 영향 및 이들을 보수로 지급할 필요성 여부를 판단할 수 있도록 '구체적 내용' 을 명확하게 해야 한다는 지적이 있었다.

2019년 개정 전 회사법에 따라 비금전보수의 경우 구체적 내용을 정관 또는 주주총회에서 정하여야 하는데(개정 전 회사법 제361조 제1항 제3호), '구체적 내용' 으로서 재산상 이익을 어느 정도로 특정해야 하는지 해석상 분명하지 않았다.⁹²⁾ 그리하여 개정 회사법은 주식 또는 신주예약권을 보수로 지급하는 경우 일정한 사항을 정관 또는 주주총회 결의로 정하도록 하는 규정을 신설하였다(제361조 제1항 제3호 내지 제5호).

2.3.2. 주식 또는 신주예약권을 부여하는 경우

일본에서 이사에게 보수로서 주식·신주예약권을 부여하는 방식은 크게 (1) 모집주식, 모집신주예약권 자체를 주는 방식, (2) 금전을 보수등으로 지급하기로 하면서 (가) 이사에게 모집주식을 배정한 후 인수인이 된 이사에게 회사에 대한 금전보수 지급청구권을 현물출자하도록 하는 방식('현물출자방식'), (나) 이사에게 모집신주예약권을 배정하고 인수인이 된 이사에게 회사에 대한 금전보수 지급청구권을 모집신주예약권의 납입금의 납입과 상계하도록 하는 방식('상계방식')이 있었다.⁹³⁾ 실무에서는 (2)의 방식이 자주 이용되었다. 이들 방식은 보수규제, 유리발행규제의 적용을 회피할 수 있다.⁹⁴⁾

제199조 제1항에 따라 모집주식의 발행등을 하려는 때에는 모집주식의 납입금액(모집주식 1주와 교환하여 납입하는 금전) 또는 그 산정방법을 정해야 한다(제199조 제1항 제2호). 따라서 이사의 보수등으로 주식을 교부하려는 회사에서는 실무상 '금전' 을 이사의 보수등으로 정하면서, 이사에게 모집주식을 배정하고 인수인이 된 이사에게 회사에 대한 보수채권을 현물출자재산으로 급부하도록 함으로써 주식을 교부하는 방식('현물출자방식')을 취하였다.

한편 신주예약권을 발행하는 때에는 모집신주예약권의 대가로 금전납입을 하지 않아도 되는 경우가 인정되기 때문에(제238조 제1항 제2호), 주식과 달리 보수등으로서 대가로서 금전납입 또는 재산급부를 하지 않아도 신주예약권을 이사에게 교부할 수 있다('무상구성에 의한 교부'). 그런데 신주예약권에 관해서도 실무상 금전을 이사의 보수등으로 하면서 이사에게 모집신주예약권을 배정하고, 인수인이 된 이사에게 회사에 대한 보수채권을 자동채권으로 상계하도록 함으로써 신주예약권을 교부하는 사례가 많았다('상계구성에 의한 교부').⁹⁵⁾ 상계구성에 의한 교부가 무상구성에 의한 교부보다 많았던 것은 상계구성 방식이 유리발행규제(회사법 제238조 제3항)⁹⁶⁾에 해당하지 않는다는 점이 명확하였고, 상계구성 방식이 무상구

92) 竹林俊憲(編著), 전계서, 84면.

93) 久保田安彦, 전계논문, 135면.

94) 이하 설명은 神田秀樹, 전계서, 251-252면.

95) 神田秀樹, 전계서, 251면.

96) 유리발행에 해당하는 경우에는 제238조 제1항 제2호의 금전납입을 요하지 아니하는 것으로 하는 것이 해당자에게 특별히 유리한 조건인 경우 주주총회에서 유리발행이 필요한 이유에 관하여 설명하여야 한다(제238조 제3항).

성 방식보다 세무상 처리가 명확하기 때문이었다.⁹⁷⁾ 이사에게 보수로서 주식, 신주예약권을 부여하는 것은 모집주식의 발행 또는 자기주식의 처분(‘이하 모집주식의 발행등’) 및 신주예약권 발행절차의 특례를 인정하고 납입 없이 모집주식이 발행되고 신주예약권 행사를 인정하는 셈이 된다.

어느 방식이든 이사에게 주식·신주예약권을 부여한다는 점은 차이가 없지만, 보수지급의 결정절차에는 큰 차이를 가져온다. 현물출자방식이나 상계구성방식의 경우는 금전보수 지급에 관한 절차만 밝으면 되는 것으로 보는 해석이 있었다. 이 해석에 따르면 회사의 주식 또는 신주예약권 취득에 필요한 자금을 충당하기 위하여 금전을 보수등으로 하는 경우에는 비금전보수 지급시 구체적 내용을 정관이나 주주총회 결의로 정해야 한다는 규제(개정 전 제361조 제1항 제3호, 개정 후 제361조 제1항 제6호)를 따를 필요는 없게 된다. 이러한 해석을 전제로 하면 이사에게 현물출자 방식으로 주식을 교부하거나 상계구성 방식으로 신주예약권을 교부하는 경우에도 주주총회 결의를 요하지 않게 된다. 이러한 경우에도 주식의 내용, 신주예약권의 내용 등에 관하여 주주총회 결의를 얻는 것이 바람직하다는 지적이 있었다.

2019년 개정 회사법은 보수등으로 주식 또는 신주예약권을 부여한 경우에 정관 또는 주주총회 결의로 당해 주식 또는 신주예약권의 수의 상한 등을 정하도록 규정하였다(제361조 제1항 제3호·제4호). 어느 방식이든 정관 또는 주주총회 결의로 이사가 인수한 모집주식, 모집신주예약권의 수의 상한과 기타 회사법 시행규칙에서 정한 사항을 정하도록 하였다(회사법 제361조 제1항 제3호 내지 제5호). 보수등에 관한 의안을 주주총회에 제출한 이사는 주주총회에서 그 보수등이 상당하다고 하는 이유를 설명하여야 한다(제361조 제4항).

시행규칙에 위임한 이유는 만일 정관 또는 주주총회 결의로 정할 사항을 과도하게 자세히 정하면 주주총회 개최 시 사무에 부담이 될 수 있다는 점, 주주도 그 사항의 적절성 여부를 판단하기 곤란하다는 점을 고려하고, 실무 변화에 신속하고 유연하게 대응할 수 있도록 하기 위함이다.⁹⁸⁾

2.3.3. 정보개시의 충실

공개회사의 사업보고에 이사를 포함한 임원의 보수등에 관하여 정보를 개시하여야 한다.

3. 회사보상과 임원배상책임보험

3.1. 입법배경과 도입취지

회사보상은 일본에서 학계나 실무계에서 그다지 주목을 받지 못하였고 본격적 논의가 미진하였다.⁹⁹⁾ 정부 주도의 회사지배구조 강화 흐름에 따라서 경제산업성 소관 연구회에서 공표한 ‘회사법해석지침’에서 이를 주된 테마로 거론한 후 논의되어 왔다.¹⁰⁰⁾

97) 神田秀樹, 전게서, 252면.

98) 竹林俊憲(編著), 전게서, 85면.

99) 松本絢子, “会社補償・役員等賠償責任保険をめぐる規律の整備,” 「ビジネス法務」 Vol. 19 No.6(2019. 9), 33면.

이 해석지침에서 일본에서 회사보상과 임원배상책임보험에서 보험료를 회사가 전액 부담하는 것의 적법성 등 해석상 불분명한 법적 논점에 관하여 다루었으나, 회사법상 근거규정이 없어서 법무성 법제심의회회사법제(기업통치관계) 부회에서 회사보상 및 임원배상책임보험에 관한 규정을 마련하여 2019년 개정 회사법에 도입되었다. 회사법 제2편 제4장 제11절(임원 등의 손해배상책임) 다음에 제12절에 “보상계약 및 임원등을 위하여 체결하는 보험계약”의 절이 신설되었다(제430조의2, 제430조의3).

일본에서 많은 회사들이 임원배상책임보험에는 가입하고 있지만 회사보상에 관해서는 친숙하지 않았다.¹⁰¹⁾ 회사보상은 임원배상책임보험, 책임제한(제425조 내지 제427조)과 유사한 기능을 수행할 수 있다. 세 가지는 유능한 인재를 확보하고, 임원 등이 손해배상책임 부담의 우려 때문에 위축 경영을 하지 않도록 적절한 인센티브를 부여하는 역할을 한다는 점에서 공통된다.

일본에서 임원이 임원의 지위 또는 직무수행과 관련하여 민사상 손해배상청구, 행정제재 절차, 형사소추 등의 대상이 되는 사례는 점차 증가하고 있다. 이처럼 제재절차의 대상이 되거나 피소된 경우 소송비용과 막대한 금액의 손해배상금을 부담할 수 있다. 소송비용과 손해배상책임을 다른 자에게 전가하거나 다른 자가 나누어 부담하게 되면 유능한 이사를 확보하고 경영의 위축을 방지하며 결과적으로 회사에도 이익이 될 수 있다.¹⁰²⁾

3.2. 회사 補償契約¹⁰³⁾

3.2.1. 회사 보상의 개요

회사보상(Indemnification)의 의미는 미국 회사법 등¹⁰⁴⁾ 입법례에 따라 정의가 다르겠으나, 일본 회사법상 회사보상은 다음과 같이 정의된다. 이사, 회계참여, 감사, 집행임원 또는 회계감사인(“임원등”(제423조 제1항)에게 그 직무집행에 관하여 법령규정 위반의 의심이 있거나 책임추궁에 관한 청구를 받는 경우 이에 대처하기 위하여 지출한 비용(소위 ‘방어비용’)(제430조의2 제1항 제1호)나 제3자에 발생한 손해를 배상할 책임을 부담하는 경우의 손실(소위 ‘배상금 또는 화해금)(제430조의2 제1항 제2호)의 전부 또는 일부를 회사가 당해

100) 經濟産業省コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会, “コーポレート・ガバナンスの実践-企業価値向上に向けたインセンティブと改革-” 2015. 7. 24. 법적 논점에 관해서는 ‘별지3 법적 논점에 관한 해석지침.’

101) 이 문제를 본격적으로 다룬 국내문헌으로 최문희, 「이사의 손해배상책임의 제한」, 서울대학교 법학연구총서10, (경인문화사, 2007), 50면 이하.

102) 會社補償実務研究会, 「會社補償の実務」, (商事法務, 2018), 3면; 松本絢子, “會社補償・役員等賠償責任保險をめぐる規律の整備,” 「ビジネス法務」 Vol. 19 No.6(2019. 9), 34면; 中東正文, “會社補償・D&O保險,” 「ジュリスト」 No.1542(2020. 3), 48면; 최문희, 전게서, 19면, 50-51면;

103) 高橋陽一, “會社補償および役員等賠償責任保險(D & O 保險),” 別冊商事法務編集部(편), 「令和元年改正會社法②」, 別冊商事法務 No.454(商事法務, 2020), 147면; 太田洋/柴田寛子, “會社補償・D&O保險に関する改正と今後の実務,” 別冊商事法務編集部(편), 「令和元年改正會社法②」, 別冊商事法務 No.454(商事法務, 2020), 156면; 松本絢子, “會社補償・役員等賠償責任保險をめぐる規律の整備,” 「ビジネス法務」 Vol. 19 No.6(2019. 9), 33면; 中東正文, “會社補償・D&O保險,” 「ジュリスト」 No.1542(2020. 3), 47면.

104) ABA, RMBCA Ann. §8.50, 8-299면; Del. Code Ann. tit. 8, §145; RMBCA §8.50-§8.59; 미국 법률가 협회의 원칙에서도 정하고 있다. American Law Institute(‘ALI’), Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, §7.20.

임원등에 대하여 보상하는 것을 약속하는 계약이다.

개정 회사법은 회사와 임원등 사이에 보상계약이라는 계약을 체결하여 그에 따라 보상이 이루어지는 경우에 관하여 절차 등 규율을 신설한 것이다.

개정 전에는 회사법에 회사보상에 관하여 명문규정이 존재하지 않아서 보상의 가부 문제가 해석에 맡겨졌다. 학계에서는 임원등이 제3자로부터 피소된 경우에 그 임원등의 과실이 없는 경우에는 손해배상액의 보상은 허용되지 않지만,¹⁰⁵⁾ 소송비용의 보상은 인정된다고 해석되었다.¹⁰⁶⁾¹⁰⁷⁾ 경제산업성의 2015년 7월 24일의 회사법해석지침¹⁰⁸⁾도 2019년 회사법 개정 전 회사법 하에서도 일정 범위에서 일정 요건을 충족하면 허용된다고 보았다.

그러나 보상의 범위와 절차에 관해서 해석이 확립되어 있지 않았다. 보상계약은 이사와 회사 사이의 거래로서 이사에게 유리하게 체결될 우려가 있기 때문에 이익상충거래(제356조 제1항 제2호)에 해당하는 것이 아닌가 의문이 있을 수 있다.

이익상충거래로 취급하면 보상계약의 체결·이행에 따라 회사에 손해가 생긴 경우에 이사의 의무위반이 추정될 수 있기 때문에(제423조 제3항), 보상을 받은 이사가 의무위반을 하지 않았다는 사실을 입증하지 못하는 한 책임을 부담하는 셈이 되고(제428조 제1항), 그 입증은 매우 어렵기 때문에 무과실책임을 부담하는 결과가 된다. 나아가 책임의 일부면제(제425조 내지 제427조)도 허용되지 아니한다(제428조 제2항).¹⁰⁹⁾ 이처럼 보상을 이익상충거래로 파악할 경우 보상계약 체결은 곤란하다는 점을 고려하여, 개정 회사법에서 보상제도를 도입하여 보상계약을 정의하고, 보상의 범위, 절차, 요건을 명시하고 이익상충거래의 적용예외로 하였다(제430조의2 제6항). 마찬가지로 자기계약·쌍방대리 금지(일본 민법 제108조) 규정도 적용되지 않는다(제430조의2 제7항).

3.2.2. 보상의 범위와 내용

(1) 방어비용

임원의 회사에 대한 책임, 제3자에 대한 책임 추궁 소송 양자의 방어비용이 포함된다. 방어비용 보상을 위해서 임원이 악의 또는 중대한 과실이 없어야 하는 것이 요구되지 않는다(제430조의2 제1항 제1호). 방어비용이 필요한 단계에서는 악의·중과실 여부의 판단을 할 수 없고, 악의·중과실이 있는 경우 방어비용을 보상하더라도 임원등의 직무의 적정성을 해칠 우려가 높지 않기 때문이다.¹¹⁰⁾ 방어비용 중 통상 필요한 비용액을 초과하는 부분은 보상하지 아니한다(제430조의2 제2항 제1호).

회사가 방어비용을 지출한 후 반환청구가 인정되는 경우가 있다(제430조의2 제3항). 임원등이 자기 또는 제3자의 부정한 이익을 도모하거나 회사에 손해를 끼칠 목적으로 직무를 집행하였다는 점이 보상 후 판명된 경우에는 당해 임원등에 대하여 방어비용의 반환을 청구할

105) 近藤光男, 取締役の責任とその救済(4·完), 「法学協会雑誌」 제99권 제12호(1982), 1807면.

106) 竹内昭夫, 「会社法の理論 II」, (有斐閣, 1984), 99-100면; 北村雅史, “取締役の責任保険に関する一考察,” 「保険法の現代的課題(三宅一夫先生追憶論文集)」, 1993, 82면; 神田秀樹, 전게서, 252면 주13).

107) 2019년 회사법 개정 전 일본에서 보상 가부 문제는 최문희, 전게서, 74면 이하.

108) 經濟産業省, 전게 주100, ‘별지3 법적 논점에 관한 해석지침’.

109) 黒沼悦郎, 전게서, 158-159면.

110) 黒沼悦郎, 전게서, 158면.

수 있다. 임원등이 이처럼 악질적 행위를 한 경우에도 보상을 허용하면 직무의 적정성이 훼손될 우려가 있기 때문이다.¹¹¹⁾

(2) 손해배상금과 화해금

임원등이 제3자에 대해서 손해배상금 또는 화해금을 지급한 경우 그 손해배상금 또는 화해금을 보상할 수 있다(제430조의2 제1항 제2호). 임원등의 직무집행에 의해 제3자에게 발생한 손해를 배상할 책임을 부담할 경우의 그 임원이 입은 손실을 보상한다. 그 손실이란 (가) 손해배상에 의해 임원이 입은 손실(제430조의2 제1항 제2호 1목)과 (나) 손해배상에 관한 분쟁에서 당사자 사이에 화해가 성립하여 화해금을 지급함으로써 임원이 입은 손실(제430조의2 제1항 제2호 2목)이다.

손해배상금과 화해금에 대해서 보상이 허용되지 않는 두 가지가 있다. 가) 임원등에게 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 보상할 수 없다(제430조의2 제2항 제3호). 나) 만일 임원등이 제3자에 대해서 부담하는 손해배상책임과 관련하여 회사가 제3자에 대해서 손해(제430조의2 제1항 제2호의 손해)를 배상하게 되면, 그 임원이 회사에 대한 손해배상책임(제423조 제1항)을 부담하는 경우, 임원등이 제3자에 대한 손해배상금과 화해금을 배상함으로써 입게 되는 손실은 보상할 수 없다(제430조의2 제2항 제2호). 나)는 회사가 제3자에 대해서 손해를 배상한 경우 임원에 대해서 구상할 수 있는 부분은 보상하지 않는다는 것이다. 예를 들어 대표이사의 불법행위를 한 경우 회사가 제3자에게 손해배상책임을 부담하는 경우이다(제350조).¹¹²⁾ 이 경우 보상을 금지하는 이유는 구상 부분을 다시 보상하는 것은 이사의 책임의 일부면제와 같기 때문에 책임면제 절차를 밟아야 하기 때문이다.¹¹³⁾

3.2.3. 보상절차와 사후보고

(1) 보상계약 체결의 결정

회사가 임원 등에 대한 비용 등 전부 또는 일부를 회사가 보상할 것을 약속하는 계약의 내용을 결정하는 것은 이사회 설치회사에서는 이사회 결의, 이사회비설치회사에서는 주주총회 결의로 행한다(제430조의2 제1항). 이사회 결의에 의할 경우 보상계약의 내용결정을 이사 또는 집행임원에게 위임할 수 없다.¹¹⁴⁾

보상계약 체결 후 실제 보상을 실행하는 경우 다시 이사회 결의 또는 주주총회 결의가 요구되는 것은 아니다. 단 사안에 따라 보상계약에 의거해서 보상을 실행하는 것이 이사회 “중요한 업무집행 결정” (제362조 제4항)¹¹⁵⁾에 해당할 여지가 있다는 입장¹¹⁶⁾에 의하면 이러한 사안에서는 이사회 결의가 필요하다.

111) 神田秀樹, 전게서, 253면 주13).

112) 제350조: 회사는 대표이사 기타 대표자가 그 직무집행을 행함에 있어서 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임을 부담한다.

113) 黒沼悦郎, 전게서, 158면.

114) 神田秀樹, 전게서, 253면.

115) 중요한 재산의 처분 및 양수, 대규모 차입 등이 열거되어 있다(제362조 제4항 각호).

116) 神田秀樹, 전게서, 253면.

(2) 보상 후 보고

보상계약에 의거해서 보상이 이루어진 경우 보상을 한 이사 및 보상을 받은 이사는 지체 없이 그 보상에 관하여 중요사실을 이사회에 보고하여야 한다(제430조의2 제4항).

3.2.4. 사업보고

보상계약은 주주에게 중대한 관심사이기 때문에 공개회사의 경우 사업보고(117)에 일정한 사항을 개시하여야 한다. 여기에는 (1) 보상계약 대상 임원(이사, 감사, 집행임원)의 성명, (2) 보상계약의 내용의 개요(보상계약 때문에 임원의 직무의 적정성이 훼손되지 않도록 하기 위한 조치 포함), (3) 방어비용을 지급한 회사가 대상임원의 책임 인정 사실 또는 법령위반 인정 사실을 안 경우에는 그 취지, (4) 임원이 제3자에 대해 부담하는 손해배상금·화해금을 보상한 경우 그 취지와 보상금액을 개시하여야 한다.

3.2.5. 우리나라에서의 보상의 허부와 입법시 고려사항

일본에서 책임제한에 관한 명문규정을 두면서도 보상제도를 두지 않았는데, 양자가 비슷한 기능을 한다는 측면에서 보상제도를 신설한 것은 비슷한 기능을 하는 제도를 비차별화로서 참조할 만하다. 보상제도를 전면 부정하는 것이 아니라 일정한 방어비용과 손해배상금에 대해 보상을 인정하고 이에 대해서는 이익상충거래로 파악하지 않는 입법은 우리나라에서도 시사하는 바가 크다.

우리나라에는 보상에 관한 명문규정은 없지만¹¹⁸⁾ 보상이 현행법의 해석론상 허용되는지 문제된다. 우리나라 임원배상책임보험 약관에는 ‘법인보상담보특별약관’이 있는데, 이는 회사가 이사에 대해 보상을 함으로써 발생한 손실을 담보하는 약관이다. 그러나 우리나라에는 보상을 허용하는 명문규정이 없으므로, 이 보상약관이 바로 우리나라에서 적용될 수 있는지는 불확실하다.¹¹⁹⁾

이 문제는 이사가 제3자에 대해서 책임을 부담하는 경우(상법 제401조 등)와 회사에 대해서 책임을 부담하는 경우(상법 제399조)로 나누고 각각을 승소/패소시, 소송비용의 선급의 문제로 나누어 생각할 필요가 있다.¹²⁰⁾

보상제도는 상법에서 허용하는 책임제한 제도(제400조 제2항)와 유사한 기능을 할 수 있다는 점을 고려하고, 이사, 회사, 주주 측에 미치는 영향을 두루 고려하여야 한다. 먼저 이사 측에서 볼 때 보상제도는 한계가 있다. 첫째, 보상은 궁극적으로 회사의 자산상태에 의존하는데 자산상태가 악화된 회사에서 충분한 보호역할을 할 수 없다. 둘째, 회사의 자산상태가 건실해도 보상여부가 불확실할 수 있다. 이사가 패소한 때에 보상여부가 회사의 재량사항으로 하는 입법례가 많으므로 보상여부가 불확실하다. 셋째, 미국의 대부분의 주법에 의하면 대표소송의 경우에는 이사가 패소한 때의 판결액이나 화해액은 보상을 할 수 없게 되어 있

117) 事業報告는 회사법 및 그 하위법령인 회사법시행규칙에 의한 공시이다. 주식회사는 사업보고를 작성·보존하고 정기주주총회에 제출·승인을 받아야 한다(제435조 제2항, 제438조).

118) 미국법상 보상제도를 상세히 정리한 것으로 최문희, 전게서, 52-72면.

119) 보험업계 실무에서는 이것이 효용이 없다고 보고 있다.

120) 상세는 최문희, 전게서, 73-87면.

다. 결국 보상제도가 이사를 보호하는 데에는 한계가 있다.

다음으로 회사 측에서 볼 때 보상의 범위에 한도가 없다면 책임제한에서 한도가 있는 것과 대비된다. 이사회가 보상여부 판단을 하게 되면, 동료 이사에 대해 쉽게 보상을 허용할 우려가 있다.

보상제도는 이사가 회사에 대한 책임부담 소송에서 패소한 때에 보상을 하는 경우 배상액의 순환적 이전을 초래한다는 문제가 있다.

보상제도의 우월한 장점은 소송비용 부담을 덜어준다는 데 있다. 보험에 비해서 이사의 책임부담 위험을 외부자에게 전가할 필요없이 내부화할 수 있다. 책임보험에 가입하기 위해 많은 비용을 지급할 필요가 없고 회사 내에서 위험을 분배할 수 있다는 장점이 있다.

3.3. 임원배상책임보험계약¹²¹⁾

3.3.1. 임원배상책임보험의 개요

일본에서는 이사가 회사 또는 제3자에 대해서 부담하는 손해배상책임에 관하여 임원배상책임보험(Directors&Officers Liability Insurance; D&O보험)이 널리 이용되어 왔다.¹²²⁾ 특히 우리나라에도 널리 알려진 다이와은행(大和銀行) 주주대표소송 사건,¹²³⁾ 더스킨(Duskin) 주주대표소송 사건¹²⁴⁾ 등에서 막대한 금액의 손해배상책임이 인정된 사례¹²⁵⁾가 알려지자 보험 가입이 늘어나고 보상한도를 대폭 인상한 보험이 출현하였다. 또한 회사법에서 다중대표소송(제847조의3)이 도입되자 자회사 임원을 위한 보험의 필요성이 증대되었다. 제3자가 손해배상책임을 추궁하는 사건이 점증한 것도 보험의 수요에 중요한 영향을 미쳤다.¹²⁶⁾

일본의 실무는 D&O보험 중 임원이 승소한 경우 소송비용을 커버(보상)하는 부분의 보험료는 회사가 부담하고, 패소한 경우 배상금 및 소송비용을 커버(보상)하는 부분(대표소송 담보특약)의 보험료는 임원 개인이 부담하는 것으로 운영되어 왔다.¹²⁷⁾ 그런데 D&O보험의 보험료 전부를 회사가 부담하는 보험, 특히 대표소송담보특약의 보험료를 회사가 부담하는 것이 허용되는지 여부에 관하여 논란이 일었다.¹²⁸⁾ 이러한 보험계약을 체결하는 데 이사회 승인과 사외이사가 과반수를 차지하는 이사회 내 위원회 동의 또는 사외이사 전원의 동의가 있

121) 高橋陽一, 전계논문, 別冊商事法務編集部(편), 전게서, 151면; 太田洋/柴田寛子, 전계논문, 別冊商事法務編集部(편), 전게서, 158면; 松本絢子, 전계논문, 33면; 中東正文, 전계논문, 51면.

122) 경제산업성은 일본 국내 상장회사 3,277개사를 대상으로 하여 2015. 1. 13-2. 10.까지 D&O보험 가입현황을 조사하고, 2015. 3.에 공표한 결과보고서에 의하면 유효 회담 회사 263개사 중에서 보험에 가입한 회사는 약 225개사(90%)이었다. 嶋寺基/澤井俊之, 「D&O保險の実務」, (商事法務, 2019), 5면.

123) 大坂地判 2000. 9. 20. 「商事法務」 제1573호(2000. 10. 5), 4면 이하. 상세한 평석은 岩原紳作, “大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(上),” 「商事法務」 제1576호(2000. 11. 5), 4면 이하; 최문희, 전게서, 132면 이하.

124) 大阪高判 2007. 3. 15. 「判例タイムズ」 No.1239(2007), 294면.

125) 다이와 은행 사건 이전에 10억엔 이상의 배상판결이 선고된 예는 전무하였는데, 이 사건에서 830억엔의 배상판결이 선고되었다.

126) 嶋寺基/澤井俊之, 「D&O保險の実務」, (商事法務, 2019), 5-11면.

127) 黒沼悦郎, 전게서, 158면.

128) 2019년 개정 회사법 전 임원배상책임보험의 제문제에 관해서 田中亘(집필), 落合誠一(編), 「會社法コンメンタル8」 機関[2], (商事法務, 2009), 155면 이하.

는 경우에는 대표소송담보특약부분의 보험료도 회사가 부담할 수 있다는 해석도 있었다.

그러나 D&O보험의 체결을 위해서 어떠한 절차를 취해야 하는지에 관하여 확립된 해석이 없었기 때문에 2019년 개정 회사법은 D&O보험을 회사법적 제도로 수용하고 “임원등을 위하여 체결하는 보험계약”이라는 제목 하에 보험계약의 체결을 위해 필요한 절차를 명확히 하였다(제430조의3).

3.3.2. 임원배상책임보험의 정의

임원등배상책임보험에 관해서는 미국 회사법 등¹²⁹⁾ 입법례에 따라 법적 정의에 차이가 있었으나, 일본 회사법상 다음과 같이 정의된다. 회사가 보험자와 체결하는 보험계약 중 임원등이 그 직무집행에 관하여 책임을 부담하거나 그 책임추궁과 관련된 청구를 받음으로써 발생하는 손해를 보험자가 전보하는 것을 약속하는 것으로 임원등을 피보험자로 하는 것 중 그 보험계약을 체결함으로써 피보험자인 임원등의 직무집행의 적정성을 현저히 훼손할 우려가 없는 것으로서 회사법 시행규칙에서 정한 것을 제외한 것이 임원등배상책임보험계약이다(제430조의3 제1항). ‘임원등배상책임보험’에는 D&O보험과 이에 준하는 보험계약이 해당할 수 있음을 전제하고 있다.

제430조의2 제1항은 본조의 적용대상에서 “피보험자인 임원등의 직무집행의 적정성을 현저히 훼손할 우려가 없는 것으로서 회사법시행규칙에서 정한 것을 제외” 하고 있다. 이러한 보험은 보험계약 체결시 이사회 결의, 주주총회 결의의 절차통제를 받지 않는 것이다. 회사법시행규칙에 규정이 예정된 보험의 예는 생산물배상책임보험(PL 보험), 회사종합배상책임보험(CGL보험), 자동차배상책임보험, 해외여행보험 등 임원등을 위해서 체결한 보험계약이다.¹³⁰⁾ 이들 보험을 제외하는 이유는 다음과 같다.¹³¹⁾ D&O보험에서처럼 임원등이 자신의 책임에 기인하는 손해의 전보를 주된 목적으로 하는 보험에 비해서 이익상충성이 낮다는 점, 피해자 구제 및 원활한 기업활동을 위해서 실무상 유익하다는 점, 현재 이들 보험의 종류 및 수가 막대한데 이익상충거래의 규제를 적용한다면 실무상 부정적 영향이 크다는 점 때문이다.

3.3.3. 임원배상책임보험계약의 내용 결정권자

이 보험은 이익상충적 속성이 있을 수 있고, 계약내용이 임원등의 직무집행의 적정성에 영향을 미칠 우려가 있는 것이 있을 수 있다. 따라서 계약의 내용을 결정하는 데 이익상충거래에 대한 승인처럼 이사회설치회사에서는 이사회 결의, 기타 회사에서는 주주총회 결의가 요구된다(제430조의3 제1항).

이사회 결의로 보험계약의 내용을 결정하는 경우 이사는 특별이해관계인(제369조 제2항)으로서 의결권을 행사할 수 없는지 문제된다.¹³²⁾ 이에 대해서는 보험계약이 회사와 이사의 이

129) RMBCA §8.57; Del. Code Ann. tit. 8 §145(g); ALI, Principles §7.20(a)(4).

130) 要綱 제2부의3 주1. 여기서 열거된 보험은 한정적 열거가 아니라 예시적 열거라고 한다. 神田秀樹, 전계 논문, 12면.

131) 竹林俊憲(編著), 전계서, 129면, 138면.

132) 주주총회에서 특별이해관계인의 의결권 행사 배제 규정은 1981년 상법 개정에서 삭제되었고, 특별이해관계인이 의결권을 행사함으로써 현저히 부당한 결의가 이루어진 경우에 그 결의의 취소가 인정되므로(제

익상충적 속성이 있고, 이사는 회사에 대한 충실의무를 성실히 이행하는 것이 곤란한 개인적 이해관계를 갖기 때문에 특별이해관계가 있다는 입장이 있다.¹³³⁾ 이 견해에 따르면 보험계약의 내용을 결정하는 이사회 결의에서 각 이사는 자신을 피보험자로 하는 부분에 관해서는 결의에 참가할 수 없고, 나머지 이사들만으로 결의를 하여야 한다.

이에 대해 임원배상책임보험의 피보험자는 이사 전원인데, 이사 전원이 이사회 결의에 공통의 이해관계를 가진 경우에는 특별이해관계인의 의결권 행사 배제규정(제369조 제2항)은 적용되지 않는다는 입장도 유력하다.¹³⁴⁾

감사등위원회설치회사, 지명위원회등 설치회사에서 이 계약의 내용 결정을 이사회가 이사 또는 집행임원에게 위임하는 것은 허용되지 아니한다(제399조의13 제5항 제13호, 제416조 제4항 제15호). 감사설치회사에서도 마찬가지이다.¹³⁵⁾

이 보험계약을 체결하는 데 이익상충거래에 준하는 절차를 밟도록 하므로, 회사보상계약서와 마찬가지로 따로 이익상충거래에 관한 규정(제356조 제1항, 제365조 제2항, 419조 제2항, 제423조 제3항)은 적용하지 않는다(제430조의3 제2항). 자기계약쌍방대리 금지(일본 민법 제108조) 규정도 적용되지 않는다(제430조의3 제3항).

3.3.4. 보험계약 체결의 개시

D&O보험계약 체결은 개시하여야 한다. 보험계약의 내용 결정에 관하여 이사회 결의 또는 주주총회 결의를 얻었다는 것만으로 계약체결에 대해 충분히 통제되는 것은 아니다. 이사 전원이 D&O보험의 피보험자가 되는 경우가 많기 때문에, 이사 전원이 피보험자인 경우 주주에게 보험계약에 관한 정보를 개시할 필요가 있다. 또한 회사의 사업리스크를 평가하려는 투자자에게 D&O보험 계약의 내용등이 중요한 정보와 지표가 될 수 있다.¹³⁶⁾

따라서 회사법시행규칙에 공개회사인 주식회사는 사업연도 말일 시점의 D&O보험 계약에 관한 일정 사항을 사업보고의 내용으로 포함시키도록 하는 안이 마련되어 있다.¹³⁷⁾ 회사법시행규칙에서는 (1) 임원배상책임보험계약의 피보험자, (2) 계약내용의 개요(임원등의 보험료 부담비율, 보상대상인 보험사고 개요, 그 보험 때문에 그 임원등의 직무집행의 적정성이 손상되지 않도록 하기 위한 조치를 강구한 경우 그 조치의 내용)가 반영될 예정이다. “그 보험 때문에 그 임원등의 직무집행의 적정성이 손상되지 않도록 하기 위한 조치”의 예로는 일정 수준 이하의 손해에 관해서는 보상대상이 되지 않는다는 것을 들 수 있다.¹³⁸⁾ 보험료, 보험금액 등 금액은 포함되어 있지 않다.

회사법 입법논의에서는 보험료 등 개시사항에 관하여 견해가 갈리었으나 D&O보험에 관한 사항이 시장에서의 가격형성, 시장을 통한 감독기능보다도 개시하는 경우 폐해가 강조되어서 개시대상을 위와 같이 정리하였다.¹³⁹⁾

831조 제1항 제3호) 이사회 결의에서와 같은 문제는 발생하지 않는다.

133) 竹林俊憲(編著), 전계서, 144면.

134) 田中亘(집필), 전계서, 158면.

135) 竹林俊憲(編著), 전계서, 129면.

136) 松本絢子, 전계논문, 38-39면.

137) 竹林俊憲(編著), 전계서, 129-130면.

138) 竹林俊憲(編著), 전계서, 130면.

3.3.5. 우리나라에서의 임원배상책임보험 제도의 현황과 개선사항

미국,¹⁴⁰⁾ 독일,¹⁴¹⁾ 일본 등 외국의 입법례는 임원배상책임 보험의 허용을 전제로 회사법적 관점에서 규율을 하고 있다. 이에 대해 우리나라에서는 임원배상책임보험에 관하여 명문규정이 없지만 널리 각광받아 왔고 이 보험의 보험료는 회사가 전액 부담하는데, 이러한 보험의 가입이 허용되는지는 논란이 있을 수 있었다. 회사법상 이익상충거래에 해당하는지 여부, 이사의 보수에 해당하는지, 회사의 위임사무처리 비용 또는 필요경비에 해당한다는 주장이 제기될 수 있다.

우리나라에서는 회사법적 논점보다는 회사가 보험료를 지급한 경우 이사에 대한 과세 문제로 논의되었다.¹⁴²⁾ 회사가 지급하는 보험료에 대해서 세법에서는 과거 ① 회사가 부담하는 모든 보험료를 근로소득으로 파악하던 단계, ② 주주대표소송을 제외한 소송으로 인한 책임과 관련한 보험료는 근로소득에서 제외하던 단계를 밟았다. 회사가 부담하는 보험료 전액을 근로소득으로 보면 이사는 이사가 되기 전보다 오히려 실질소득이 더 적어지는 경우가 생길 수 있다. 특히 사외이사의 경우에는 심각성이 더 커서 법상의 사외이사 확보를 위해서 보험료에 해당하는 금액(이사의 근로소득으로 본 금액)만큼 보수를 인상해 줄 필요도 있었다. 경제계의 제도개선 건의에 따라 결국 소득세법 시행령의 개정으로 해결되었다. “임직원의 고의(중과실 포함)외의 업무상 행위로 인한 손해배상청구를 보험금 지급사유로 하고 임직원을 피보험자로 하는 보험의 보험료”는 근로소득의 범위에서 제외되었다. ②처럼 주대표소송으로 인한 책임부분과 관련된 보험료는 여전히 근로소득으로 보면¹⁴³⁾¹⁴⁴⁾ 주주대표소송으로 인한 책임을 전보해주는 보험료는 여전히 근로소득의 과세 대상이 되었다. 세법상 위와 같은 취급때문에 편의상 전체 보험료 중 보통보험약관에 의한 보험료를 90%, 대표소송담보 특별약관의 보험료를 10%로 하고, 이 10%를 임원이 부담하도록 하였다. 세제상으로 이 10%에 대해서는 임원의 소득으로 파악하고 과세하였다. 그러자 ③ 모든 보험료를 근로소득에서 제외하게 되었다.

임원배상책임보험의 보험료를 회사가 부담하는 경우 이사에 대한 보수 지급,¹⁴⁵⁾ 이익상충적 속성이 있다. 회사의 보험가입과 보험료 지급 자체를 금지할 수는 없지만, 이에 대해서 보험가입의 결정절차와 결정권자를 정하고, 사업보고서에 이사 개별 보수 공시 또는 보수총액 부분에서 공시할 필요가 있다.

139) 中東正文, “會社補償·D&O保險,” 「ジュリスト」 No.1542(2020. 3), 53면.

140) RMBCA §8.57; Del. Code Ann. tit. 8 §145(g); ALI, Principles §7.20(a)(4).

141) 독일 주식법(AktG)은 명문규정을 두고 있다. 제93조 제2항 제3문 명문규정이 있다. 단 피보험자인 이사의 일정한 자기부담부분을 규정한다. 또한 감독이사회(Aufsichtsrat)가 경영이사회(Vorstand)의 개별이사의 총보수 결정을 하는데(주식법 제87조 제1항), 이 보수에 보험료가 열거되어 있다. 독일 주식법에서 명문규정이 설치되기 전에 회사가 보험료를 지급하는 것이 주식법에 비추어 보아도 허용된다는 것이 일반적 입장이었다. Kölner Kommentar/Mertens, §84 Rn.83; Uwe H. Schneider/Ihlas, DB 1994, 1123, 1124; Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 3. Aufl. 2003, Rn.323 및 Rn.413.

142) 상세는 최문희, 전제서, 97면 이하.

143) 1998.12.31.개정 소득세법 시행령(령 15969호) 제38조 제1항 제12호 마목.

144) 위 소득세법 시행령 제38조 제1항 제12호 마목의 괄호부분.

145) 최문희, “임원의 개별보수 공시제도의 개요와 개선과제,” 「BFL」 제60호(2013. 7), 100면.

4. 사외이사에 대한 업무위탁권

4.1. 신설 취지

회사법상 사외이사의 자격으로 업무집행이사가 아닐 것이 요구된다(제2조 제15호 1목). 따라서 사외이사가 회사의 업무를 집행한다면 사외이사 요건을 충족시키지 못한다. 그런데 모회사 간의 거래, MBO같이 이익상충적 속성이 있는 거래에서 거래의 공정성을 담보하기 위해서 독립된 이사들로 구성된 이사회에서 결정하는 것이 필요하다. 사외이사가 업무집행자로부터 독립된 지위에서 거래를 위한 교섭등을 하는 것이다.

회사와 업무집행자 기타 이해관계인의 이익상충문제를 회피하기 위해서 사외이사가 이들 사이의 거래를 관여하면 독립된 지위에서 공정한 판단을 할 수 있다. 개정법은 사외이사가 이러한 거래를 집행하더라도 사외이사로서의 요건을 상실하는 일이 없도록 관련 규정을 정비하였다.

4.2. 사안별 위탁

회사가 사외이사를 설치한 경우에 회사와 이사 사이의 이익이 충돌되는 상황에 있는 경우에는 기타 이사가 회사의 업무를 집행함으로써 주주이익을 훼손할 우려가 있는 때에는 그 때마다 회사는 이사의 결정(이사회 설치회사에서는 이사회 결의)으로써 회사의 업무를 집행할 것을 사외이사에 위탁할 수 있다(제348조의2 제1항).

지명위원회 설치회사와 집행임원 사이에 이익충돌 상황이 있는 경우 기타 집행임원이 회사의 업무를 집행함으로써 주주이익을 훼손할 우려가 있는 때에는 그 때마다 이사회 결의로 회사의 업무를 집행할 것을 사외이사에게 위탁할 수 있다(제348조의2 제2항).

법문상 건건이 위탁하도록 명시하므로, 개별 사안마다 위탁해야 하며, 일반적인 업무집행의 위탁은 허용되지 않는다. 건마다 위탁을 하도록 하는 취지는 사외이사가 업무집행자의 감독을 받지 않고 독립된 입장에서 위탁받은 업무를 집행하도록 하기 위해서 사외이사가 누구의 감독도 받지 않고 계속적으로 업무집행을 하지 않도록 하기 위함이다. 이익충돌적 상황이 있는 예로는 MBO, 모회사간 거래 등을 들고 있다.

4.3. 업무집행 이사등의 지시가 있는 경우

만일 사외이사가 업무집행이사나 집행임원의 지시명령에 의행 위탁받은 업무를 집행한 경우에는 업무집행자로부터의 독립성에 문제가 있을 수 있다. 이 때문에 사외이사 요건을 충족시키지 못하는 것으로 된다(제348조의2 제3항).

5. 이사의 책임추궁의 소에서 화해절차

5.1. 신설 취지

감사회설치회사, 감사등위원회설치회사, 지명위원회 설치회사(‘감사등설치회사’)가 이사(감사등위원 및 감사위원 제외), 집행임원, 청산인(이하 ‘이사등’)의 책임을 추궁하는 소송에서 화해하는 경우가 있다. 이러한 예는 (1) 회사가 소를 제기하고 원고로서 화해하는 경우와 (2) 주주대표소송이 제기되어 회사가 소에 보조참가인 또는 이해관계인으로서 화해하는 경우가 있다.

(1)의 화해에서 회사를 대표하는 자는 그 소에서 회사를 대표하는 감사, 감사위원(이하 ‘감사등’)이라고 해석된다(제386조 제1항 제1호 등). 그런데 이들이 다른 감사등의 동의 또는 승인 없이 화해를 할 수 있는 권한이 있는지 여부가 개정 전 회사법 하의 해석론이 분명하지 않았다. (2)의 경우도 누가 화해권한을 갖는지가 명확하지 않았다.¹⁴⁶⁾

해석상 논란이 있었기 때문에 실무상 회사가 화해를 하려는 경우에는 구체적인 절차로서 화해를 하기 이전에 각 감사등의 동의를 받아야 하는지 의문이 있었다.

개정법은 화해에 관한 해석상 불분명한 점을 입법으로 해결한 것이다(제849조의2).

5.2. 화해에 관한 규율

회사가 이사등을 보조하기 위하여 이사의 책임을 추궁하는 소에 보조참가인으로서 참가하는 경우(제849조 제3항),¹⁴⁷⁾ 이사(감사, 감사위원 제외) 및 집행임원의 책임제한에 관한 의안을 제출하는 경우(제425조 제3항, 제426조 제2항)에는 각 감사등의 동의를 얻어야 한다는 점을 고려하여 회사를 하는 경우에도 각 감사등의 동의를 얻도록 하였다.

5.3. 우리나라에 대한 시사점

우리나라에서 대표소송에서 주주와 이사가 화해를 하려고 하거나 회사가 주주의 소제기 청구를 받고(제403조 제1항) 이사에 대해서 소를 제기한 후 화해를 하려고 하는 경우 법원의 허가를 얻어야 한다(제403조 제6항). 이러한 소에서 회사를 대표하는 자는 감사 또는 감사위원회인데(제394조 제1항), 이들이 화해에 대해서 법원의 허가만 있으면 단독으로 화해할 수 있는지 의문이 있다.¹⁴⁸⁾

일본 회사법은 화해가 이사의 책임을 일부면제하는 것으로 보고 화해절차를 책임제한 절차

146) 竹林俊憲(編著), 전게서, 226면.

147) 일본 회사법상 대표소송에서 회사는 피고 이사측에 보조참가할 수 있다(제849조 제1항). 우리나라에서는 부정설이 우세하다. 김건식/노혁준/천경훈, 전게서, 504면; 이철송, 「회사법강의」(제28판), (박영사, 2020), 842면.

148) 감사가 복수인 때에는 각자 회사를 대표한다. 하급심 판결 중에 2인의 감사가 있는 회사에서 감사 1인이 이사를 상대로 제소한 경우에 다른 감사가 소를 취하하더라도 그 취하행위는 유효하다고 한 것이 있다(부산고법 2002. 12. 18. 2002나8957 판결).

에 준하여 감사등의 동의를 받도록 하고 있다. 우리나라 상법에서는 책임제한의 결정권자도 불분명하기 때문에 대표소송의 화해에 어떠한 절차를 밟아야 하는지도 확립된 해석론이 없다.

V. 株式交付¹⁴⁹⁾

1. 도입배경

1.1. 주식대가 M&A의 장점

주식교부란 인수회사(P사)가 자사 주식을 피인수회사(S사)의 주주에게 대가로 제공하고 피인수회사 주식을 취득하여 피인수회사를 자회사로 만드는 것이다. M&A거래에서 인수회사가 인수대가로 무엇을 제공할 것인지는 선택사항이지만, 인수회사의 주식을 대가로 제공하는 M&A(‘주식대가 M&A’)는 장점이 있음에도 기존의 제도에는 한계가 있었다. 인수대가로 주식을 제공하는 것은 (1) 인수자금 조달이 필요하지 않기 때문에 대규모인수시 유리하다는 점(교환공개매수), (2) 여유자금이 없는 신생 회사도 인수에 참여할 수 있으며, (3) 피인수회사의 주주도 조직재편 후 시너지 효과를 향수할 수 있기 때문에 기업가치 향상을 기대할 수 있다.¹⁵⁰⁾

1.2. 주식교환, 주식발행 등 회사법상 제도의 한계

주식대가 M&A의 유형으로 주식교환이 있지만, 주식교환은 피인수회사를 100%완전자회사로 하는 경우만 허용되기 때문에 인수 후 피인수회사를 상장회사로 유지하려고 하는 경우나 피인수회사의 창업자가 인수 후에도 피인수회사의 주주의 지위를 유지하려고 할 경우에는 이용할 수 없었다.¹⁵¹⁾ 일본에서 주식을 대가로 제공하는 M&A거래의 인프라가 미흡하여 일본에서 대규모 인수를 저해하는 요인 중 하나라는 지적이 있었다.¹⁵²⁾

즉 주식을 대가로 제공하기 위해서 인수회사의 주식을 발행하는 데는 회사법상 걸림돌이 있다.¹⁵³⁾ 합병 등 조직재편행위를 제외하고는 주식대가 거래에서는 인수회사가 피인수회사의 주식가치를 “얼마”로 고정한 상태에서 얼마에 비추어 적정한 인수회사의 주식 수를 계산하는 구조를 취한다. 이러한 구조에서는 (가) 모집주식 발행시 현물출자 규제가 적용되어 원칙적으로 검사인의 조사가 필요하고(회사법 제107조), (나) 출자자나 인수회사의 이사등이 재산가액전보책임(회사법 제212조 제1항 제2호,¹⁵⁴⁾ 제213조¹⁵⁵⁾을 부담할 수 있으며, (다) 유리

149) 武井一浩/森田多恵子, “株式交付制度の創設,” 『ビジネス法務』 Vol. 19 No.6(2019. 9), 44면; 北村雅史, “株式交付,” 『ジュリスト』 No.1542(2020. 3), 60면.

150) 武井一浩/森田多恵子, 전계논문, 44-45면.

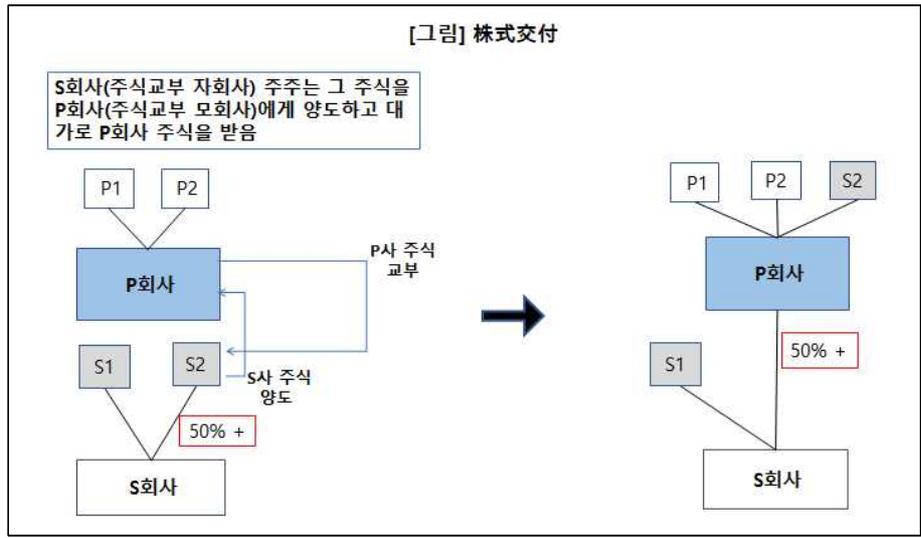
151) 北村雅史, 전계논문, 60면.

152) 武井一浩/森田多恵子, 전계논문, 45면.

153) 武井一浩/森田多恵子, 전계논문, 45면; 竹林俊憲(編著), 전계서, 187면.

발행규제가 적용된다. 그런데 주식대가 M&A는 P사 주식과 S사 주식의 일정 비율의 교환이기 때문에 S사 주식을 “얼마”로 정하고 회사법상 규제를 적용하는 구조는 거래의 경제상태와 부합하지 않는다고 지적되었다.¹⁵⁶⁾

2019년 개정 회사법은 주식대가 M&A거래가 전술한 회사법상 규제를 받지 않고 원활하게 이루어지도록 주식교부제도를 도입하였다.¹⁵⁷⁾



2. 주식교부제도의 의의

[그림]에서 보는 것처럼 주식교부란 주식회사(P회사)가 다른 주식회사(S회사)를 그 자회사(회사법 시행규칙에서 정하는 것에 한한다.)로 만들기 위해서 S사 주식을 (주주들로부터) 양수하고, P사 주식을 대가로 양도인에게 교부하는 것을 말한다(제2조 제32호의2). 주식교부를 하는 P사를 주식교부 모회사,¹⁵⁸⁾ 주식교부 모회사가 주식교부시 양수하는 주식을 발행하는 주식회사(S사)를 주식교부 자회사라고 한다(제774조의3 제1항 제1호). 여기서 ‘자회사’는 회사법시행규칙 제3조 제3호의 자회사¹⁵⁹⁾로서 주식교부 모회사가 50% 초과하여 지분을 소유하게 되는 회사에 한정된다.¹⁶⁰⁾ [그림]은 주식교부 전후를 비교하여 주식교부 모회사와 주

154) 모집발행 시 불공정한 납입금액으로 주식을 인수한 자에 대해 차액배상책임을 규정한 것이다. 우리나라 상법 제424조의2의 불공정한 가액으로 주식을 인수한 자의 책임과 유사하다.

155) 제212조 제1항 제2호에 따라 인수인이 차액배상책임을 부담하는 경우 이사 등이 회사에 대해서 같은 호의 금액을 지급할 책임을 규정한 것이다.

156) 武井一浩/森田多惠子, 전계논문, 46면.

157) 과거 일본에서 “산업활력재생 및 산업활동혁신에 관한 특별조치법”에 의해 주식대가 인수에 대해 현물출자 규제, 재산가액전보책임규제의 적용을 배제하는 특례가 있었지만, 정부의 인정을 얻을 필요가 있었다. 주식교부제도는 이러한 인정을 받지 않고도 주식대가 M&A를 허용하는 제도이다.

158) 회사법 문언상 株式交付親會社이지만 우리나라 용어로 ‘주식교부 모회사’라고 칭한다.

159) 자기(자회사, 자법인 포함) 계산으로 소유하는 다른 주식회사의 의결권 수의 비율이 50%를 초과하는 경우.

160) 이러한 취지가 회사법 시행규칙에 규정될 예정이다. 법제심의회, 회사법제개정에 관한 要綱(2019. 2), 제3부 제2의1.

식교부 자회사의 상황을 나타낸 것이다.

3. 다른 제도와의 비교

[표22] 주식대가 M&A의 비교: 현물출자, 주식교환, 주식교부

	현물출자	주식교환	주식교부
P사(인수회사)	일본법상 주식회사, 합동회사		일본법상 주식회사
S사(피인수회사, 대상회사)	제한 없음	일본법상 주식회사	
전부매수/일부매수	전부/일부	전부만 가능	전부/일부
인수 전 S사가 既자회사인 경우 이용 여부	가능	가능	불가
P사 주주총회/이사회 결의 요부	이사회 결의 (유리발행의 경우 주주총회 특별결의)	주주총회 특별결의 (‘간이’교환/교부의 경우 이사회 결의)	
P사 주주총회 결의 대상	S사 주식에 대한 P사 주식발행주식수	P사 주식과 S사 주식의 교환비율	
유리발행규제 여부	있음	없음	
현물출자규제 여부	있음	없음	
P사의 채권자보호	없음	대가가 현금등이 있는 경우만 있음	
P사 주주의 금지청구권	있음	있음(‘간이’의 경우는 없음)	
P사 주주의 주식매수청구권	없음	있음(‘간이’의 경우는 없음)	
S사 주주총회 결의 요부	불요	특별결의 필요(‘약식’의 경우 불요)	불요
S사 주주의 주식매수청구권	없음	있음	없음

주식교부는 (1) 모자회사 관계를 창설하는 조직재편적 측면과 (2) 주식교부 모회사가 모집 주식을 발행하면서 주식교부자회사의 주식을 현물출자재산으로 급부받는다든 측면이 있다. 따라서 개정 회사법은 (1)에 대해서 주식교부를 ‘부분적 주식교환’으로 설정하고 주식교부 모회사에 관하여 주식교환시 완전모회사에 준하는 절차규제를 정하고 있다. (2)에 대해서는 모집주식 발행등에 준하여 양도신청, 배정, 주식교부자회사의 주식 급부(인수신청, 배정, 출자 이행에 해당함)에 관한 규제를 정하고 있다. 주식교부와 현물출자, 주식교환을 서로 비교한 것이 [표5]¹⁶¹⁾이다.

유의할 점은 주식교환과는 달리 주식교부 자회사 S사는 주식교부계약의 당사자가 아니다. 특별지배주주의 매도청구권은 특별지배주주가 강제로 매도주주(소수주주)의 주식을 매수한다. 특별지배주주와 매도주주 사이에 정보격차가 있기 때문에 대상회사 주주총회의 승인(제179조의3), 대상회사 주주에 대해서 대가의 상당성에 관한 정보개시(제179조의5, 회사법 시행규칙 제33조의7)와 같은 주주보호를 위한 규정을 두고 있다. 이에 대해서 주식교부는 주식교부 자회사의 주주가 자발적으로 주식교부 모회사에 주식을 양도하는 것이기 때문에 주식교부 자회사쪽에서 주식교부 거래를 위해서 취해야 하는 특별한 절차는 규정하고 있지 않으며, 주식교부 모회사쪽의 개시규제도 없다.

161) 武井一浩/森田多惠子, 전계논문, 45면을 바탕으로 다소 수정한 것임. 주식교환과 주식교부의 차이에 관해서 竹林俊憲(編著), 전계서, 188-189면.

4. 주식교부의 적용요건

4.1. 인수회사와 피인수회사

인수회사와 피인수회사 모두 일본법상 주식회사이어야 한다. 중간시안에서는 피인수회사가 외국회사인 경우도 포함하였지만, 최종적으로는 제외되었다.¹⁶²⁾

(1) 인수회사가 이미 의결권 있는 주식의 과반수를 보유한 자회사를 대상으로 주식교부 제도를 이용할 수는 없다. 즉 이미 모회사 관계가 형성된 상태에서 추가로 자회사 주식을 취득하기 위하여 주식교부 제도를 이용하는 것은 허용되지 않는다. 또한 (2) 인수회사가 피인수회사를 자회사로 만들려고 하는 경우가 아닌 경우에는 주식교부를 이용할 수 없다.

위와 같은 제한을 둔 이유는 (1)(2)의 경우에는 주식교환 기타 조직재편행위와 동일하게 평가하기가 곤란하기 때문이다. 또한 예를 들어 회사가 다른 회사를 자회사로 하지 않고 총주주의 의결권의 5% 내지 10% 정도를 매수하는 경우까지 검사인의 조사(제207조), 재산가액 전보책임(제212조, 제213조) 등 현물출자 규제를 적용하지 아니하면, 자본충실, 주식의 희석화로 인해 다른 주주의 이익을 해칠 수 있다. 회사가 이미 다른 회사의 주식을 70% 정도 보유하여 다른 회사의 모회사인데 추가로 5%정도를 취득하는 경우에도 본질적으로 차이가 없다고 한다.¹⁶³⁾

요컨대 주식회사가 주식교부를 통해서 새로이 다른 주식회사를 자회사로 하는 경우에 한하여 주식교부를 허용한다.

4.2. 주식교부의 당사자

인수회사와 피인수회사의 주주이다. 주식교환과는 달리 인수회사와 피인수회사 사이에 계약을 체결하는 것은 아니다.

4.3. 인수대상 주식 등, 전부인수

인수회사가 취득하는 것은 피인수회사의 주식이다. 주식교환에서는 완전모회사가 주식교환 시에 완전자회사의 신주인수예약권자에 대하여 그의 신주예약권 대신에 모회사의 신주예약권을 교부할 수 있다(제768조). 이 경우 주식교환 효력발생일에 주식교환 자회사의 신주예약권은 소멸하고 그 신주예약권이 신주예약권부사채에 부착된 신주예약권인 경우에는 완전모회사가 그 신주예약권부사채에 관한 채무를 승계한다(제769조 제4항, 제5항).

주식교부에서는 주식교부 모회사가 주식교부 시에 주식교부 자회사의 주식과 함께 신주예

162) 주식교부는 사인간 거래인데 객관적이고 형식적인 기준으로 주식교부 가부의 판단을 하는 것이 용이하지 않기 때문에 대상으로 하지 않았다고 설명한다.

163) 竹林俊憲(編著), 전계서, 192면.

약권 등을 양수할 수 있는 것으로 정리하였다(제774조의3 제1항 제7호). 이에 따라 주식교부 모회사가 주식교부 자회사의 신주예약권의 신주예약권자이면서 사채권자 지위를 갖게 된다.

주식교부시에 주식교부 자회사의 주주의 양도신청을 받는데(제774조의4, 제774조의6), 자회사 주식 전부에 대해서 양도신청이 있는 경우 그 전부를 취득할 수 있다.

4.4. 취득대가

주식교부 모회사는 주식교부 자회사의 주식의 양도인에 대해서 그 주식의 대가로 모회사 주식을 대가로 제공한다. 모회사 주식 외에도 그 신주예약권, 신주예약권부사채, 사채, 현금 등을 혼합대가로 지급하는 것이 가능하다(제774조의3 제1항 제5호). 주식교부계획서에 양도인에게 대가로서 교부할 모회사의 주식의 수에 관한 사항을 기재해야 하므로 대가로서 모회사 주식을 전혀 제공하지 않는 것은 허용되지 않는다(제774조의3 제1항 제3호).

5. 주식교부의 절차

5.1. 인수회사쪽의 절차

5.1.1. 주식교부계획 작성과 기재내용

인수회사는 주식교부계획을 작성해야 한다(제774조의2). 주식교부계획은 이사회 비설치회사에서는 이사의 과반수(제348조 제2항), 이사회설치회사에서는 이사회가 결정한다(제362조 제4항). 감사등위원회설치회사, 지명위원회설치회사에서도 이사회가 결정한다(제399조의13 제5항 제22호, 제416조 제4항 제24호).

주식교부계획서에 기재할 사항(제774조의3 제1항)은 (1) 주식교부 자회사의 상호·주소, (2) 주식교부 모회사가 주식교부시 양수할 자회사 주식 수의 ‘하한’, (3) 주식교부 자회사 주식의 양도인에 대해 주식교부 모회사가 교부할 대가, (4) 주식교부 모회사의 자본금, 준비금 각각의 금액(회사법 제445조 제5항), (5) 주식교부 자회사의 주식 및 신주예약권 등의 양도신청 기일, (6) 주식교부의 ‘효력발생일’ 이다. (2)의 ‘하한’ 은 주식교부 자회사가 ‘효력발생일’ 에 주식교부 모회사의 자회사로 될 정도의 수이어야 한다(제774조의3 제2항).

주식교부 모회사는 주식교부 자회사의 주식과 함께 신주예약권, 신주예약권 사채를 양수한다는 점을 정할 수도 있다. (3)의 대가는 양도인에 대하여 교부할 주식교부 모회사의 주식 수 및 그 산정방법, 배정에 관한 사항이다. 이 때 배정은 주식교부 자회사의 주식 수에 모회사 주식을 교부하는 것을 내용으로 해야 한다(제774조의3 제4항). 모회사 주식 외에도 그 신주예약권, 신주예약권부사채, 사채, 현금 등을 혼합대가로 지급하는 것이 가능하지만(제774조의3 제1항 제5호), 주식교부 모회사의 주식은 제공하지 않으면서 오로지 재산만 대가로 제공하는 것은 허용되지 않는다. 삼각주식교환(제800조)처럼 주식교부 모회사의 모회사 주식을 대가로 지급하는 것은 정하지 않았다.

5.1.2. 사전개시, 사후개시

주식교부 계획서의 개시는 주식교환에 준하여 이루어진다(제816조의2, 제816조의10).

사전개시계획서의 열람·등사교부청구권이 주식교부 모회사 주주, 일정한 채권자에게 인정된다. 이에 대해 주식을 양도하려고 하는 주식교부 자회사의 주주에게는 인정되지 아니한다. 주식교부는 양도인과 주식교부 모회사 사이의 개별 합의에 기초한 양수도이므로 주식의 유상 양도 및 현물출자에 해당한다. 회사법에서 일반적으로 주식양도인 보호를 위해서 규제를 특별히 두고 있지 않다는 점과 정합성을 도모한 것이다.¹⁶⁴⁾

5.1.3. 주식교부 모회사의 주주 보호, 채권자 보호

주식교부 모회사는 주식교부 효력발생일 전일까지 주주총회 특별결의로 주식교부계획을 주주총회 특별결의로 승인받아야 한다(제816조의 3 제1항, 제309조 제2항 제12호). 반대주주의 주식매수청구권이 인정된다(제816조의6, 제816조의7). 단 주식교환(회사법 제796조 제2항, 제3항)처럼 간이절차가 인정된다(제816조의4).

주식교부 대가가 모회사의 주식 기타 주식에 준하는 것으로 회사법 시행규칙에서 정하는 경우가 아닌 때에는 채권자보호절차가 필요하다(제816조의8). 금전 등이 포함된 경우이다.

5.1.4. 주식교부 효력발생일의 변경

주식교환에서는 주식교환계약에 관한 주주총회 승인결의 후에도 완전모회사와 완전자회사의 합의로 효력발생일을 변경할 수 있다(제790조 제1항). 이에 대해서 주식교부에서는 자회사는 당사회사가 아니며, 양도인 주주가 다수인이라면 그 전원과의 합의도 현실적으로 곤란하다. 따라서 이러한 합의 없이도 주식교부 모회사가 주식교부계획에 관한 주주총회 승인결의 후 재차 승인결의 없이도 효력발생일을 변경하는 것을 허용하고 있다(제816조의9 제1항).

효력발생일을 변경하면 자회사 주식의 양도신청 기일 변경도 허용된다(제816조의9 제5항).

5.2. 주식교부 자회사의 양도인의 양도신청, 배정, 주식 급부

5.2.1. 양도신청과 배정

주식교부 모회사는 주식교부 자회사 주식의 양도를 신청하려는 자에게 모회사 상호, 계획 기타 사항을 통지해야 한다(제774조의4 제1항). 신청인에게 대가의 상당성에 관한 정보에 관해서는 특별한 정보제공 규제를 하고 있지 않다. 앞의 사전개시에서 설명한 것처럼 주식교부는 양도인과 주식교부 모회사 사이의 개별 합의에 기초한 양수도인데 회사법에서 일반적으로 주식양도인 보호를 위해서 규제를 특별히 두고 있지 않다는 점에 따른 것이다.¹⁶⁵⁾

주식교부 자회사의 양도신청인은 주식교부계획서에서 정한 신청기일까지 양도하려는 주식 수등을 기재한 서면(또는 모회사 승낙이 있는 경우 전자적 방법으로 제공)을 주식교부 모회

164) 北村雅史, 전계논문, 62면.

165) 神田秀樹, “會社法制(企業統治等關係)の見直しに關する要綱案」の解説〔IV〕,” 「商事法務」 No.2194 (2019. 3. 25), 16면.

사에게 교부하여야 한다(제774조의4 제2항, 제3항).

양도신청에 응해 주식교부 모회사가 배정을 하는데(제774조의5 제1항 전단), 이 때 양도신청 주식의 수가 양수하려는 주식의 수를 초과하는 때 모회사가 자유로이 배정할 수 있는지 문제된다. 주식교부의 “대가의 배정”에 대해서는 양도하는 주식 수에 따라서 이루어져야 함은 물론이지만(제774조의3 제4항), 주식 수의 배정에 관해서는 배정자유 원칙이 적용된다고 한다.¹⁶⁶⁾ 다만 주식교부 모회사의 이사가 자신에게 우호적인 자에게만 배정하는 것은 불공정발행, 이사의 선관주의 의무에 해당할 여지가 있다는 유력설이 있다.¹⁶⁷⁾

주식교부가 공개매수에 의해 이루어지는 경우, 공개매수공고 및 공개매수신고서에 응모주식 수의 합계가 매수예정주식을 초과한 경우 그 초과부분의 전부 또는 일부를 매수하지 않는다는 조건을 붙인 경우 안분비례방식에 따라 매수한다(금융상품거래법 제27조의13 제4항 제2호, 제5항).

5.2.2. 양도인의 주식 급부

주식교부 모회사로부터 배정을 받은 자는 효력발생일에 배정받은 수의 주식을 주식교부 모회사에 급부하여야 한다(제774조의7). 주식교부 자회사의 주식이 양도제한 주식인데 자회사의 양도승인이 거절되거나 양도인이 양도승인 절차를 밟지 않은 경우에는 양도인과 주식교부 모회사 사이의 양도가 주식교부 자회사에 대해서 효력이 없기 때문에,¹⁶⁸⁾ 주식교부 모회사는 그 주식에 대해서 의결권을 행사할 수 없다. 주식양도의 무효에 따라 모회사가 양수한 자회사 주식의 합계가 주식교부계획서에서 정한 하한을 하회하는 때에는 주식교부의 효력은 발생하지 아니한다(제774조의11 제5항 제3호).

6. 주식교부의 효력 발생

주식교부에 의해 자회사 주식의 양도의 효력은 주식교부 효력발생일이고, 이 날에 양도인은 주식교부 모회사의 주주가 된다(제774조의11 제1항, 제2항).

그러나 다음과 같은 경우 주식교부는 효력을 발생하지 아니한다. (1) 채권자보호절차가 종료되지 아니한 경우, (2) 주식교부가 중지된 경우, (3) 주식교부효력발생일에 모회사가 급부받은 주식총수가 계획서에서 정한 하한에 미치지 못하는 경우(제774조의11 제5항)이다.

7. 주식교부 유지청구, 주식교부 무효의 소

7.1. 주식교부 유지청구

주식교부가 법령·정관에 위반하여 주식교부 모회사 주주가 불이익을 받을 우려가 있는

166) 北村雅史, 전계논문, 63면.

167) 北村雅史, 전계논문, 63면.

168) 最高裁判所 1973. 6. 15. 판결.

경우 주식교부 모회사의 주주는 그 회사에 대해 주식교부 유지를 청구할 수 있다(제816조의 5). 청구자는 주식교부 모회사의 주주에 한한다. 유지청구의 소에서 ‘대가가 현저히 불공정’한 경우와 같은 유지청구 사유는 명시되어 있지 않다.

7.2. 주식교부 무효의 소

주식교부 모회사의 주주이었던 자, 주식교부의 모회사 주주, 주식교부에 의해 자회사의 주식·신주예약권을 양도한 자, 파산관재인, 주식교부를 승인하지 아니한 채권자는 주식교부 무효의 소를 제기할 수 있다(제828조 제2항 제13호). 주식교부에 의해 자회사의 주식·신주예약권을 양도한 자가 소제기권자라는 점을 유의할 필요가 있다. 주식교부에 의해 영향을 받는 자라는 점을 고려한 것이다.

주식교부 무효사유는 정해져 있지 않고, 주식교환 무효의 소의 사유와 공통된다.¹⁶⁹⁾ 주식교부 무효의 소의 판결은 장래효가 있기 때문에(제839조), 무효판결 확정 시에 무효가 된 주식교부 모회사 주식과 관련된 주주에 대해서 주식교부시 양도받은 자회사 주식 등을 반환하여야 한다(제844조의2).

8. 시사점

우리나라 상법은 조직재편에서 회사의 수요에 적응하고 조직재편의 유연화를 위하여 주식교환, 분할, 합병, 삼각조직재편 등 다양한 수단을 도입하여 왔다. 그런데 어느 회사를 완전 자회사로 만드는 교환이나 어느 회사와 완전히 융합하는 합병 이외에 어느 회사에 지배권을 확보할 정도의 자회사를 만드는 수단은 제공되지 않았다. 주식교환이 아닌 한 자회사를 만드는 구조는 공개매수를 거치거나 개별 주주로부터 주식을 매수하는 방법밖에 없는데, 이 때에는 현금을 대가로 제공하는 것이 원칙이다. 인수에 막대한 자금이 드는 경우에는 주식을 대가로 하는 교환공개매수를 검토할 수 있으나 어느 경우든 주식을 대가로 제공하는 경우에는 현물출자의 규제가 가해지는 한계가 있다.

인수자가 완전자회사가 아니라 지배권을 확보할 정도의 지분만 소유하는 자회사를 만드는 구조와 법적 근거가 필요할 수 있다. 우리나라에서 완전자회사화에 대한 근거만 두고 있는 것은 지주회사 구조가 주주 보호를 도모한다는 생각을 바탕으로 한다. 일본의 주식교부 제도의 도입에서 논의되었던 것처럼, 주식형 M&A는 인수회사가 막대한 자금이 없이도 인수할 수 있고, 신주발행에 의해 부채비율을 낮출 수 있다는 장점이 있다.¹⁷⁰⁾ 인수회사 주식이 발행되므로 증권신고서를 제출해야 하는 번잡함이 따르는 단점이 있고, 피인수회사 주주에게 인수회사의 주식을 얼마나 제공하는지의 교부비율이 중요하므로 피인수회사 주주와의 계약에 의해 호응을 이끌어낼 지도 미지수이다.

그러나 이러한 단점에도 불구하고 일본식 주식교부제도는 인수회사 주주측면에서는 주식매

169) 北村雅史, 전계논문, 63면.

170) 교환공개매수의 유용성에 관하여 노혁준, “주식의 교환공개매수에 관한 연구,” 「상사법연구」 제23권 제2호(2004), 11면.

수청구권, 주주총회 특별결의를 통해서 사전적 보호수단, 유지청구의 소, 무효의 소와 같은 구제수단이 마련되어 있다. 주식교부 자회사의 양도인으로서도 주식교부 무효의 소의 원고적격을 인정하고 있다. 문제는 주식교부 후 형성될 피라미드형 소유구조에 의해 자회사의 주주 보호가 문제될 수 있다는 점과 자회사 관리를 소홀히 할 경우의 모회사 주주 보호가 문제될 수 있다는 점을 유념해야 한다.

Ⅶ. 맺음말

일본은 2005년에 방대한 분량의 大百科全書 또는 和文大事典같은 회사법전을 제정한 후 두 차례나 중요하고 다기한 제도를 도입하는 내용의 회사법 개정을 하였다. 2019년 회사법 개정은 2014년 개정시의 후속 검토 약속을 지킨다는 의미에서 출발하였지만 그를 넘어서서 방대한 영역에 걸치는 개정을 단행한 것이다.

본론에서는 개정사항 중에서 우리나라에는 명문규정이 없어서 해석상 논란이 있거나 제도적 뒷받침이 필요한 사항을 발췌하여 정리하였다. 일본의 실무상 문제되던 사항을 해소하거나 해석상 논란을 입법으로 해결한 것이지만 우리나라 현행법의 해석과 입법론에 시사하는 바가 적지 않다. 본론에서 상술한 제도들 중 앞으로 우리나라 상법의 개정 논의에서 검토되어야 할 사항을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 주주제안권 제도는 제안권의 유형에 따라 정치하게 정리할 필요가 있다. 수량제한에 관한 규정은 우리나라 반복제안 제한의 해석에도 참고할 수 있다.

둘째, 이사의 보수, 보상제도, 임원배상책임보험은 이사에 대한 적절한 인센티브 부여체계라는 관점과 과도한 보수 또는 이익상충적 요소에 의한 회사 또는 주주의 이익보호라는 관점을 아울러서 관련 규정을 정비할 필요가 있다.

셋째, 주식교부 제도는 다양한 유형의 조직재편 수단을 마련하다는 측면에서 도입여부를 검토할 필요가 있다.

최근 법무부는 상법 일부개정법률안을 입법예고하고 국회에 제출하였다.¹⁷¹⁾ 정부제출 법률안 이외에도 21대 국회에는 이 글의 작성 시점에서 13개의 의원발의 상법 개정안이 발의되어 있다. 정부제출 법률안의 개정안 중에는 실무상 요청에 따른 것으로서 유의미한 개정이 있고, 의견대립을 입법으로 해결하고자 하는 것이 있다. 그러나 내용은 고사하고 입법예고 전에 절차적으로 다양한 의견수렴과 심도있는 논의 과정을 거친 고심의 결과물인지 의문이 드는 것을 떨쳐버리기 힘들다.

일본의 2019년 회사법 개정이 2년 반이상의 기간 동안 학계·정부·실무계 전문가로 구성된 회의에서 논의를 거쳐서 체계적이고 신중하게 추진되었다는 점, 입법 관련 문헌을 통해서 외국인인 필자조차도 개정법이 어떠한 배경과 고려에서 어떠한 논의를 거쳐서 마련된 것인지 파악할 수 있도록 인프라가 마련되어 있다는 점은 우리나라 법개정 및 후속작업에서도 참고할 필요가 있다.

171) 의안번호 3355, 2020. 8. 31. 제출.

제5세션

법무부 상법 개정안의 주요 쟁점 검토

권 재 열

(경희대학교 법학전문대학원)

《 목 차 》

I. 상법 개정안의 주요 내용

III. 감사위원회 회원 분리 선임

II. 다중대표소송의 도입

법무부 상법 개정안의 주요 쟁점 검토

권재열(경희대학교 법학전문대학원 교수)

목차

- I. 상법 개정안의 주요 내용
- II. 다중대표소송의 도입
- III. 감사위원회 위원 분리 선임

상법 개정안의 주요 내용

3

개정안의 주요 내용

- 다중대표소송 도입(안 제 406조의2 신설 등)
- 감사위원 분리선출제 도입 등(안 제 542조의12)
- 감사 등 선임시 전자투표 실시하는 경우 주주총회 결의요건 완화(안 제 409조, 제 542조의 12)
- 배당기준일 관련 규정 개선(안 제 350조 제 3항 삭제 등)
- 소수주주권 관련 규정 개선(안 제 542조의6 제 9항 신설)

4

다중대표소송의 도입

다중대표소송의 도입

1. 현행 상법[1]

□ 단순대표소송만 인정

· 상법 규정

✓ 제403조(주주의 대표소송) ①발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다.

◎회사가 전항의 청구를 받은 날로부터 30일내에 소를 제기하지 아니한 때에는 제1항의 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다.

✓ 제542조의6(소수주주권) ⑥ 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식 총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제403조(제324조, 제408조의9, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다.

· 대법원 판례

✓ 어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하여 양자간에 지배종속관계에 있고, 종속회사가 그 이사 등의 부정행위에 의하여 손해를 입었다고 하더라도, 지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을

다중대표소송의 도입

1. 현행 상법[2]

가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 상법 제403조, 제415조에 의하여 종속회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49221 판결)

□ 모회사의 기준

· 상법 규정

✓ 제342조의2(자회사에 의한 모회사주식의 취득) ①다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 가진 회사(이하 "母會社"라 한다)의 주식은 다음의 경우를 제외하고는 그 다른 회사(이하 "子會社"라 한다)가 이를 취득할 수 없다.

②다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 모회사 및 자회사 또는 자회사가 가지고 있는 경우 그 다른 회사는 이 법의 적용에 있어 그 모회사의 자회사로 본다.

7

다중대표소송의 도입

2. 개정안에 따른 구상[構想][1]

□ 원고적격 확대

· 상법개정안 규정

✓ 자회사 지분을 일정량 가진 회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상(비상장회사) 혹은 1만분의 1이상(상장회사, 6개월 보유요건 추가)에 해당하는 주식을 가진 주주가 대표소송의 원고적격 보유

□ 자회사에 대해서만 제소청구 의무

· 상법개정안 규정

✓ 모회사 주주가 자회사에 대하여 제소청구함

□ 손회사 및 계열회사에 대한 주주대표소송 가능

· 상법상 자회사 간주규정에 따라 모회사와 자회사가 함께 제3의 회사의 주식을 50%를 초과하여 보유하는 경우 모회사 주주는 그 제3의 회사를 상대로 제소 가능하며, 자회사가 50%초과하여 주식을 가지고 있는 손회사들 상대로도 제소가 가능

8

다중대표소송의 도입

3. 다른 국가의 입법례[1]

- 미국(1)
- 다중대표소송(multiple derivative suit)의 유형으로는 이중대표소송(double derivative suit)을 비롯하여 삼중대표소송(triple derivative suit), 사중대표소송(quadruple derivative suit) 등이 있음
- 연방민사소송규칙 제23.1조는 대표소송의 제기권을 단독주주권으로 하되, 회사의 권리를 행사함에 있어서 “주주들을 공정하고 적절하게 대표할 것”(fair and adequate representation)이라는 대표적절성(代表適切性)의 요건을 선행적으로 충족할 것을 요구하고 있음
 - ✓ 대표적절성의 요건은 실제로 대표소송에 참가하지 않은 주주에게 판결의 효력을 미치게 하는 것을 정당화(正當化)하기 위한 요건으로서 주주대표소송의 남용을 방지하는 기능까지 함께 가지고 있음

11

다중대표소송의 도입

3. 다른 국가의 입법례[2]

- 미국(2)
- 추가적으로 주주대표소송의 남용을 방지하기 위한 차원에서 이른바 주식 동시소유의 요건(contemporaneous ownership requirement)을 요구하고 있음
 - ✓ 이 요건은 주주대표소송의 제소권자는 소송에서 문제가 되는 행위가 있는 시점에 이미 주식을 소유하였던 주주 또는 그 시기에 주식을 소유하였던 주주여야 함
- 델라웨어주 대법원은 다중대표소송이 태생적으로 법인격 부인의 법리와 충돌의 여지가 있지만, 완전모자회사의 경우에는 지배·종속회사가 사실상 일체화하므로 법인격의 부인을 통해 하나의 기업(one entity)으로 취급할 수 있어 다중대표소송을 인정하는 것임
- 델라웨어주 민사소송규칙은 대표소송의 제기시 부터 소송의 계속 및 종료시까지 해당 회사의 주주의 지위를 유지하여야 하는 주식계속소유의 요건(continuing ownership requirement)을 마련하고 있음
- 이중대표소송이 인정되기 위해서는 지배회사주주는 지배회사와 종속회사에 대해 제소청구를 하여야 함

12

다중대표소송의 도입

3. 다른 국가의 입법례[3]

· 미국(3)

- 2015년 8월 구글(Google)은 알파벳(Alphabet)을 완전지주회사로 설립한 후 나스닥 시장에서 그 주식을 스스로 상장폐지하고 대신에 알파벳의 주식을 상장시킨 경우처럼 지배·종속회사의 동시상장을 기피하는 경향이 있음
 - ✓ 그 이유로서는 지주회사와 자회사가 동시상장되는 경우 주식시장에서 지주회사의 가치를 평가할 때 지주회사와 자회사의 합산이익이 실제보다 과대평가되는 이른바 더블 카운팅(double counting) 이슈가 발생하여 실적을 왜곡시킬 우려가 있음
 - ✓ 미국의 지주회사(지배회사) 체제하에 다수의 기업이 존재하는 기업 집단을 살펴보면 지주회사가 자회사(종속회사)의 출자지분을 100%를 보유하는 것이 일반적임
 - ✓ 지배·종속회사가 동시상장되면 독특한 지배구조로 인하여 이익충돌의 문제가 발생할 위험이 커져 소송에 휘말릴 우려가 높아짐

13

다중대표소송의 도입

3. 다른 국가의 입법례[4]

· 일본

- 다중대표소송의 청구권자는 자회사의 완전모회사의 주주이면서 총 의결권의 100분의 1 이상 또는 발행주식 총수의 100분의 1 이상을 가진 주주에 한하며(모든 자회사가 아니라 책임발생의 원인사실이 발생할 당시 주식의 장부가액 기준으로 모회사 총자산의 5분의 1을 초과하는 중요한 자회사에 대해서만 인정), 완전모회사가 공개회사인 경우에는 6개월 이상 주식을 계속하여 소유하고 있는 자이어야 함
- 피고 측에서 원고주주가 부정한 이익을 도모할 목적을 갖고 있음을 입증할 수 있게 되면 법원은 소 각하 판결을 해야 함
- 모회사에 손해가 발생해야 함

14

다중대표소송의 도입

3. 다른 국가의 입법례[5]

- 영국
 - 2008년 10월부터 회사법(Companies Act 2006)으로 시행된 성문법에서 정식으로 대표소송 인정
 - 법원의 허가가 있어야만 대표소송 가능
- 독일
 - 회사 자본의 1%에 상당하는 의결권있는 주식을 보유하거나 혹은 보유 주식의 시장가격이 10만 유로에 상당하는 주식을 보유하는 주주는 회사를 대표해 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하는 소송의 제기할 수 있음
 - 제소주주는 제소에 앞서 법원에 대하여 제소의 허가를 신청하여야 함

15

다중대표소송의 도입

3. 다른 국가의 입법례[6]

- 캐나다
 - 캐나다 연방사업회사법(Canada Business Corporation Act: CBCA)은 주주대표소송의 제소권자를 주주명부상의 현재 주주를 비롯하여 과거의 주주 및 현재와 과거의 수익적 소유자까지 인정하되, 대표소송이 회사의 최선의 이익에 부합하는지에 관한 판단을 포함하여 제소여부에 관하여 법원의 허가(leave)를 받을 것을 전제로 하고 있음
 - ✓ 이처럼 캐나다법은 법원이 적절한 대표소송을 선별하는 권한을 가지는 방향으로 대표소송제도 설계
 - ✓ 즉, CBCA는 법원의 강력한 소송 지휘아래, 주주대표소송을 적정하게 운용하려고 하는 입장

16

다중대표소송의 도입

3. 다른 국가의 입법례[7]

- 호주
 - 호주 회사법(Corporations Act)은 자회사에 대하여 대표소송을 제기할 수 있는 자에는 모회사의 주주도 포함되지만, 법원으로부터 제소허가를 받아야만 정식 제소가 가능
 - 법원의 제소 허가요건
 - ✓ 회사가 스스로 소송을 제기할 가능성이 없거나 절차에 대해 책임이 있는 경우
 - ✓ 제소자가 선의이고 회사의 최선의 이익에 부합하여야 함
- 뉴질랜드
 - 호주와 대동소미함
- 싱가포르
 - 법원의 제소 허가 필요

17

다중대표소송의 도입

3. 다른 국가의 입법례[8]

- 홍콩
 - 법원의 허가를 받으면 대표소송을 제기할 수 있음
- 이스라엘
 - 대표소송의 제기권자는 회사의 주주 및 이사이며, 대표소송을 제기하기 위해서는 법원의 승인(approval)을 받아야 함
- 남아프리카 공화국
 - 법원은 선의로(bona fide) 그리고 회사의 최선의 이익을 위한 경우에 소제기 허가
- 나이지리아
 - 대표소송 허가신청권자는 선의이며, 소를 제기하는 것이 회사의 최선의 이익에 부합하여야 법원이 허가함

18

다중대표소송의 도입

4. 기존의 논의(1)

- 2003년 11월 국제통화기금(IMF)이 기업지배구조개선을 위한 방안으로 다중대표소송제의 도입을 한국 정부에게 권고한 이래 그 도입을 위한 상법개정안이 여러 차례 국회에 제출되었으나, 국회 문턱을 넘지 못하였음
- 과거 상법 개정안(20대 국회 이전)

중전 법무부안	김종인 의원안	채이배 의원안	노회찬 의원안	오신환 의원안
0 (50%모자회사)	0 (50%모자회사)	0 (30%계열회사)	0 (30%계열회사)	0 (50%모자회사)

19

다중대표소송의 도입

4. 기존의 논의(2)

- 제 349회 국회 법제사법위원회 회의록(법안심사제1 소위원회) 제 2호 (2017년 2월 27일): 5면

○법무부차관 이00: 지금 전문위원께서 상당 부분 설명은 해 주셨다고 생각을 합니다. 이번에는 우선 다중대표소송 관련해서 일반적으로, 100% 자회사 지분을 갖고 있는 모회사에 대해서만 도입하는 방안을 조망하고 검토하고 있는 것으로 알고 있는데요.

저희도 분석을 해 보니까 조금 전에 전문위원이 말씀하신 것처럼 첫 번째 문제점은 다양한 연전모자회사 유형을 모두 포함하지는 저희가 같이 검토해서 결론은 내려야 할 부분이 있습니다. 자회사만 해당하는 건지 아니면 100%, 100% 해서 손자회사까지 포함할 것인지 그런 문제도 있고, 지금 얘기한 것처럼 자회사 주식을 100% 가지고 있는데 이 자회사가 손자회사의 주식을 60% 가지고 있고 여기에서 또 직접 손자회사를 40% 가지게 결국은 어떻게 우회한 거였. 직접 해서, 원칙서 100% 이런 것도 하나의 상정이 될 수 있고, 이런 것 자란 것을 다 포함해서 다양한 연전모자회사 유형을 모두 포함할 것인지 여부에 대한 검토가 일단 필요하다고 보고요.

두 번째로는, 반복되는 얘기를 수도 있습니다마는 적용 대상이 되는 자회사의 규모를 평균 설명한 것처럼 일본에서는 5분의 1 이상, 다시 말해서 20% 이상 모회사 가치를 가진 중요한 자회사에 대해서만 하는데 우리도 그렇게 할 것인지, 또 지금 세 번째로는 당초 행사 요건 두 가지를 지금 전문위원 보고서 4~5페이지에 나온 것처럼 포함시킬 것인지 이런 세 가지 검토가 지금 상정할 수 있는 쟁점이 있습니다. 그래서 이 부분에 대한 충분한 토론과 또 의견 청취가 진행되고서 하는 것이 좋겠다는 생각을 갖고 있습니다.

20

다중대표소송의 도입

4. 기존의 논의(3)

- 제 349회 국회 법제사법위원회 회의록(법안심사제1소위원회) 제 2호 (2017년 2월 27일): 6면

○법원행정처차장 임00: 지난번 위원님들께서 논의 결과는 결국은 결국은 입법 필요성, 다시 말하면 이사의 위법, 부당한 행위를 사전적으로 억제하기 위해서는 이 제도 도입의 필요성에 공감을 형성하시면서도 만약 이것을 부당하게 자기 이익을 위한 목적으로 남용하는 경우에 그것을 예방하는 제도적 장치에 대해서 말씀하셨습니다.

그래서 저희들도 대안을 만들었는데요, 일시적으로는 전문위원이 만드신 것이고 태동시켜주고요, 다만 장부기액의 평가 방법에 관해서는 대동강경으로 잡히는 것이 어떻까 해서 법무성장을 대동강경으로 대체했구요.

그다음에 지금 말씀하신 연전모사회사뿐만 아니고 손사회사에까지 그것을 확대하기 위한 대안으로 저희가 만든 대안은 '다른 회사의 발행주식의 전부를 모회사 및 연전지회사 또는 연전지회사가 가지고 있는 경우 그 모회사는 1명의 연전모회사로, 그 다른 회사는 1명의 연전지회사로 본다' 라는 규정을 두었고요.

.....

그 다음에 독일 법을 모델로 해 가지고, 독일 법에는 대표소송을 제기하기 위해서는 사전에 법원의 사전 심사 및 허가를 받도록 되어 있어서 저희가 증권 관련 집단소송법을 검토를 해서 법원의 허가 요건을 주거면 대안을 2안으로 만들어 왔습니다.

21

다중대표소송의 도입

4. 기존의 논의(4)

국회 법사위는 어날 오전 법안심사 1소위를 개최하고 상법 개정안 등에 대해 심사를 시작했지만 대표소송제도에 대한 양측의 견해는 입장차이가 워낙 큰 합의점에 도달하지 못하고 자유한국당과 바른정당 의원들이 퇴장했다.

이 과정에서 일부 의원들은 법안 취임을 상대방 의원들에게 피로기며 법안 관련 자료를 읽어달라는 등 불협화음 모습도 몇몇이 드러났다. 소위는 속개 시간도 걸렸는지 못하고 14시 40분 유령(演會)로 끝으로 보인다.

머니투데이(2017.2.27.자 연단보판)

대주주의 권할 방지책을 위한 상법 개정안이 자유한국당의 반대와 더불어민주당의 스크림 대드로 인해 1년6개월 동안 국회에서 제대로 논의되지 못한 채 표류하고 있다. 여야가 지난해 12월 여-야-경 상설 협의체를 열어 기업지배구조 개선을 위한 상법 개정안 건립을 위해 노력하기로 합의한 것과 배치된다.는 지적이 나온다.

국회 법제사법위원회는 25일 국회에서 법안심사1소위(위원장 송기현 더불어민주당 의원)를 열었으나 상법 개정안은 논의조차 하지 못했다. 법안심사1소위 간사인 바른미래당의 오산훈 의원은 "그동안 3~4번이나 상법 개정안을 법안심사소위 안건으로 상정해 갖고 요청했으나, 한국당의 반대와 민주당의 스크림 대드로 인해 모두 무산됐다. 유감스럽다"고 말했다.

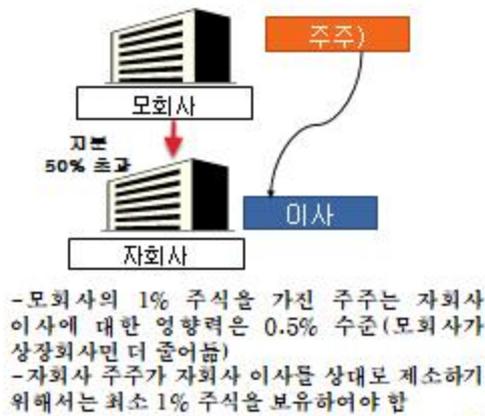
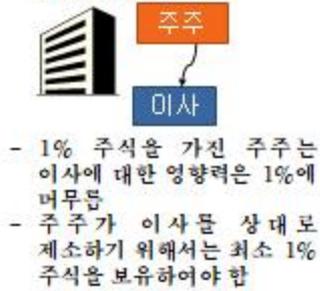
한겨레(2019.3.25.자 연단보판)

22

다중대표소송의 도입

5. 해결되지 않는 문제[1-1]

- 주주는 평등한가? 모회사 주주들에 우대하는가?
- 단순대표소송
 - 다중대표소송(1)

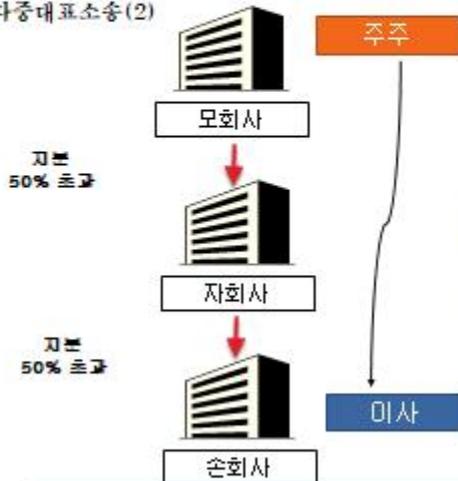


23

다중대표소송의 도입

5. 해결되지 않는 문제[1-2]

- 다중대표소송(2)



24

다중대표소송의 도입

5. 해결되지 않는 문제[1-3]

- 모회사의 주주에게 인정되는 다중대표소송의 제소자격은 개별적 회사의 주주에게 인정되는 단순대표소송의 제소자격보다 완화하여야 하는 당위성을 찾기 곤란
 - ✓ 예컨대, 乙 회사의 주식을 50%+1주를 보유한 甲 회사의 1% 주주 A와, 단순히 乙 회사의 주식 1% 를 보유한 주주 B는 각자 乙 회사의 이사에 대하여 대표소송을 제기할 수 있는 원고적격을 가진
 - ✓ 다중대표소송이 허용되는 경우 실제 A가 모회사의 주주로서 乙 회사에 대한 영향력의 크기는 A는 B의 반(半)정도에 지나지 않음에도 불구하고 다중대표소송을 제기할 수 있다는 것은 기업집단에 속하는 모회사의 주주들 그러하지 않는 회사의 주주보다 특별하게 우대하여 취급하는 것과 다를 바 없음
 - ✓ 반대로, 일본은 단순대표소송은 단독주주권이지만 다중대표소송의 원고적격에 대해서는 오히려 그 요건을 가중시키고 있음

25

다중대표소송의 도입

5. 해결되지 않는 문제[2-1]

- 모회사 주주는 무조건적으로 선(先)인가? 모회사 주주는 전제자(前提者)라도 무방한가?
- 제소물 하느냐 마느냐의 문제는 본래 이사의 경영판단의 범위내에 속함
- 법률상 주주대표소송의 전단계(前段階)로서 주주는 이사회에 대하여 회사를 위하여 이사를 상대로 소송을 제기하여 줄 것을 청구하여야 함
 - ✓ 이는 정식제소전 회사내의 모든 구제수단을 소진(exhaustion of intracorporate remedies)하여야 하기 때문
 - ✓ 이사회는 주주의 청구가 과인 법원에서 다룰 만한 가치가 있는가의 평가와 아울러 그 청구가 회사의 최선의 이익에 부합하는가를 결정하여야 함
- 주주대표소송은 회사가 제기하여야 하는 소송을 주주가 대위(代位)하여 소송하는 것에 지나지 않으므로 최후의 수단으로 사용되어야 함
- 만약에 자회사 혹은 그 주주인 모회사가 자회사(특히, 상장회사의 경우)의 이사를 상대로 한 직접소송 또는 대표소송을 제기하지 않는 경우 나름대로의 이유가 있을 것임에도 불구하고 이를 무시하고 모회사의 주주가 자회사 이사를 상대로 대표소송을 제기하는 것이 타당한지 의문

26



감사위원회 위원 분리 선임

1. 현행 상법

□ 상법

- 이사회 산하에 설치·최대주주의 의결권 제한
 - ✓ 제393조의2(이사회내 위원회) ①이사회는 정관이 정한 바에 따라 위원회를 설치할 수 있다.
 - ✓ 제415조의2(감사위원회) ①회사는 정관이 정한 바에 따라 감사에 관하여 제393조의2의 규정에 의한 위원회로서 감사위원회를 설치할 수 있다. 감사위원회를 설치한 경우에는 감사를 둘 수 없다.
 - ✓ 제542조의11(감사위원회) ① 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사는 감사위원회를 설치하여야 한다
 - ✓ 제542조의12(감사위원회의 구성 등) ① 제542조의11제1항의 상장회사의 경우 제393조의2에도 불구하고 감사위원회위원을 선임하거나 해임하는 권한은 주주총회에 있다.
 - 제542조의11제1항의 상장회사는 주주총회에서 이사를 선임한 후 선임된 이사 중에서 감사위원회위원을 선임하여야 한다.
 - 최대주주, 최대주주의 특수관계인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자가 소유하는 상장회사의 의결권 있는 주식의 합계가 그 회사의 의결권 있는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3을 초과하는 경우 그 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 감사 또는 사외이사가 아닌 감사위원회위원을 선임하거나 해임할 때에는 의결권을 행사하지 못한다. 다만, 정관에서 이보다 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있다.

감사위원회 위원 분리 선임

2. 관련 법률[1]

□ 금융회사의 지배구조에 관한 법률

· 감사위원 분리선임 의무

- ✓ 제19조(감사위원회의 구성 및 감사위원의 선임 등) ① 감사위원회는 3명 이상의 이사로 구성한다. 이 경우 감사위원회 위원(이하 "감사위원"이라 한다) 중 1명 이상은 대동명령으로 정하는 회계 또는 세무 전문가이어야 한다.
- 제16조제3항에도 불구하고 사외이사가 감사위원의 3분의 2 이상이어야 한다.
- 금융회사는 감사위원이 되는 사외이사 1명 이상에 대해서는 다른 이사와 분리하여 선임하여야 한다.
- 최대주주, 최대주주의 특수관계인, 그 밖에 대동명령으로 정하는 자가 소유하는 금융회사의 의견권 있는 주식의 합계가 그 금융회사의 의견권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3을 초과하는 경우 그 주주는 100분의 3을 초과하는 주식에 관하여 감사위원이 되는 이사를 선임하거나 해임할 때에는 의견권을 행사하지 못한다. 다만, 금융회사는 정관으로 100분의 3보다 낮은 비율을 정할 수 있다.

31

감사위원회 위원 분리 선임

2. 관련 법률[2]

□ 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률

· 감사위원의 역할

- ✓ 내부회계관리제도에 대한 평가자로서의 역할(제8조 제4항)
- ✓ 내부신고관련 고지상대방으로서의 역할(제28조 제1항)
- ✓ 부정행위에 대한 조사·보고자로서의 역할(제22조 제1항)
- ✓ 외부감사인인 선정·해임요청자로서의 역할(제10조 제1항, 제13조 제2항)

32

감사위원회 위원 분리 선임

3. 개정안에 따른 구상(構想)

□ 3%돌 일원화

- 자산 2조원 이상의 상장회사가 이사를 선임할 때 감사위원회 위원(이하 '감사위원')이 되는 이사를 다른 이사와 분리 선출하되 최대주주의 경우 특수관계인 등을 합산하여 3%를 초과하는 주식·일반주주의 경우 3%를 초과하는 주식에 대하여 의결권을 행사하지 못하도록 일원화함

□ 감사위원 선임요건 완화(선대사항)

- 회사가 제368조의4제1항에 의해 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 한 경우에는 출석한 주주의 의결권의 과반수로서 제1항의 감사 선임을 결의할 수 있음

33

감사위원회 위원 분리 선임

4. 다른 국가의 입법례

· 미국

- 감사위원회 제도의 모국인 미국에서는 감사위원회는 이사회 산하에 설치되고 사외이사를 중심으로 구성
- 감사위원은 이사회에서 선임

· 일본

- 감사등위원회의 위원이 되는 이사와 그렇지 않는 이사를 구분하되 주주총회에서 선임

34

감사위원회 위원 분리 선임

5. 기존의 논의[1]

- 과거 상법 개정안(법무부안과 20대 국회 제출안)

종전 법무부안	김종인 의원안	채이배 의원안	노회찬 의원안	오신환 의원안
0	0	0	0	0 (자산2조상장회 사감사위원회 의무 완화)

35

감사위원회 위원 분리 선임

5. 기존의 논의[2]

- 2016년 법제사법위원회 전문위원 강00의 김종인 의원 대표발의 상법 일부개정법률안에 대한 검토보고서: 31-32면

□ 의결권은 주주의 본질적인 권리로 정관에 의해서도 이를 박탈하거나 제한할 수 없는 것이 원칙이나 예외적으로 제한된 요건 하에서 법률에 의해서도 제한할 수 있음. 의결권의 제한과 관련 하여 ① 다수결의 남용이 광연적하거나 특결의 의결권행사기 결의 내용의 공정성을 해할 위험이 있는 경우 등에는 의결권의 제한이 필요하다는 견해와, ② 의결권도 헌법에 의해 보장하는 재산 권으로 무분별한 의결권 제한은 재산권을 침해하는 결과를 가져오므로 의결권의 제한 문제는 신중한 접근이 필요하다는 견해가 있음.

그러나 이사의 업무집행에 대한 감독기관인 (순수한)감사 및 감사위원회와 달리, 이사를 겸하는 감사위원의 경우 이사회는 회사의 의사결정기관이므로 이사회의 구성원인 사원이사에 대하여까지 대주주의 의결권을 제한할 경우 자본다수결원칙과 사적자치의 원칙을 지나치게 침해할 우려가 있음.

□ 주주기 이사 선임에 대하여 의결권을 행사하는 것은 주주기 회사의 경영에 참여하여 지배권을 상정하는 가장 핵심적인 방법인데, 이를 제한하는 것은 주주기 회사의 경영에 참여하는 가장 핵심적인 권리를 제한하는 것이므로 재산권의 일종인 주주권의 본질적 내용을 침해할 수 있음.

36

감사위원회 위원 분리 선임

6. 해결되지 않는 문제[1-1]

□ 주주의 이사선임권이 침해되어도 무방한가?

- 감사위원회 위원은 이사의 지휘를 지님
- 이사의 선임은 “원칙적으로 소유와 경영이 분리되는 주식회사의 특수성을 고려하여 주주가 회사의 경영에 관여하는 유일한 동모” 이므로 주주총회에 전속적으로 부여되어 있음(대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결)
- 사실 주주가 후보를 추천하여 이사로 선임할 수 있다는 것은 주주가 이 권한을 통하여 주주가 자신의 이익을 스스로 보호할 수 있다는 것을 의미함
- 주주의 법적 지위는 투자로 인한 지분을 소유함으로써 가능한데, 여기서의 지분을 법률적으로는 주주권이라 한다는 점에서 주주권은 소유권의 변형물임
- “주주의 이사선임권이 보장되지 않으면 주주는 자신의 이익을 어떻게 보호하는가” 라는 의문이 제기됨

37

감사위원회 위원 분리 선임

6. 해결되지 않는 문제[1-2]

- 전자투표제도 도입하는 경우에는 주주의 권리에 대한 문제가 심각해짐
 - ✓ 주주총회에서 감사를 선임하려면 우선 ‘출석한 주주의 의결권의 과반수’ 라는 의결정족수를 충족하여야 하고, 나아가 의결정족수가 ‘발행주식총수의 4분의 1 이상의 수’ 이어야 하는데, 상법 제371조는 제1항에서 ‘발행주식총수에 산입하지 않는 주식’에 대하여 정하면서 상법 제409조 제2항의 의결권 없는 주식(이하 ‘3% 초과 주식’이라 한다)은 이에 포함시키지 않고 있고, 제2항에서 ‘출석한 주주의 의결권 수에 산입하지 않는 주식’에 대하여 정하면서도 3% 초과 주식을 이에 포함시키고 있다. 그런데 만약 3% 초과 주식이 상법 제368조 제1항에서 말하는 ‘발행주식총수’에 산입된다고 보게 되면, 어느 한 주주가 발행주식총수의 78%를 초과하여 소유하는 경우와 같이 3% 초과 주식의 수가 발행주식총수의 75%를 넘는 경우에는 상법 제368조 제1항에서 말하는 ‘발행주식총수의 4분의 1 이상의 수’라는 요건을 충족시키는 것이 원칙적으로 불가능하게 되는데, 이러한 결과는 감사들 주식회사의 필요적 상설기관으로 규정하고 있는 상법의 기본 입장과 모순된다. 따라서 감사의 선임에서 3% 초과 주식은 상법 제371조의 규정에도 불구하고 상법 제368조 제1항에서 말하는 ‘발행주식총수’에 산입되지 않는다. 그리고 이는 자본금 총액이 10억 원 미만이어서 감사들 반드시 선임하지 않아도 되는 주식회사라고 하여 달리 볼 것도 아니다(대법원 2016. 8. 17. 선고 2016다222996 판결)

38

감사위원회 위원 분리 선임

6. 해결되지 않는 문제[1-3]

- **GS(지주회사)의 자회사GS 리테일의 사례** *한국경제(2013.8.4.자)
- (☞) GS 리테일의 주주 구성
 - ✓ 주주별 비중 : (☞) GS(65, 75%), 국내기관투자자(18, 72%), 외국기관투자자(10, 41%), 기타(5, 12%)
 - ✓ 3%초과 주주: (☞) GS(65, 75%), 미래에셋자산운용(6, 33%), 삼성자산운용(4, 41%), 국민연금(3, 26%)
- 감사위원 분리 선출에 따른 의결권 3% 제한 시 지분 구성(총 32,25%)
 - ✓ (☞) GS(3%), 국내기관투자자(13, 72%), 외국기관투자자(10, 41%), 기타(5, 12%)
 - * 국내기관투자자(13, 72%) : 지분율이 3%를 초과하는 국내기관투자자 3인의 지분(9%) + 3% 미만을 소유한 국내기관투자자 지분(4, 72%)
 - 외국기관투자자(10, 41%) : 지분율이 3%를 초과하는 주주 없음
- 감사위원 분리선출시 (☞) GS 지분율은 의결권행사가능한 주식의 9,3%(3% / 32,25%)에 지나지 않음

39

감사위원회 위원 분리 선임

6. 해결되지 않는 문제[2-1]

- **소수주주의 무책임한 행동에 대하여 대주주가 부담해야만 하는가?**
- 주식회사에서 지분율이 높은 주주와 그렇지 않은 주주 중에서 회사와 관련하여 전자가 후자보다 더 책임있게 행동
 - ✓ 예컨대, 일반적으로 지분율이 30%인 주주는 3%인 주주보다 더 많은 책임감 부담
 - ✓ 그 이유는 지분율이 높을수록 부실경영으로 인한 손실을 더 많이 감당할 수밖에 없기 때문
 - ✓ 특히 상장회사의 소수주주는 지배주주보다 익명성을 더 강하게 보장받으며 시장에서의 퇴출이 비교적 용이하므로, 소수주주는 대주주보다 기회주의적 행동을 할 가능성이 있음
 - ✓ 소수주주가 오로지 자신의 이익만을 위해 주주권을 행사한다고 하더라도 그러한 소수주주를 감시·감독할 주체가 없음
 - ✓ 소수주주는 주주 전체의 이익보다는 소수주주만의 이익을 위해 권한을 행사하는 것에 대해 제어할 방법이 없는 상황에서 감사위원 분리선입은 소수주주의 기회주의적 행동에 대한 윤활유로 작동할 우려가 있음

40

감사위원회 위원 분리 선임

6. 해결되지 않는 문제(2-2)

- 스튜어드십 코드(수탁자 책임원칙)의 시행으로 기관투자자의 항시적 관여 가능
 - 3% 풀 도입시 이러한 점을 예상하지 못한 제도

어떤 정보가 그 자체만으로는 투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미치는 중요정보로 보기 어려운 경우도, 기존에 알고 있는 다른 정보나 공개된 정보와 결합돼 모자이크가 완성되면 전체적으로 볼 때 중요한 정보가 될 수도 있다. 이 때 모자이크 완성에 기여한 비(非)중요정보의 수수와 그 이용이 불법적인 내부자거래인지가 문제[된다]. …… 올해는 연기금 등 기관투자자들이 스튜어드십 코드에 따른 주주활동을 본격적으로 수행하는 원년이라 할 수 있다. 가뜰이나 일반투자자에 비해 월등한 정보 우위에 있는 기관들이 상장법인과 긴밀한 접촉을 통해 많은 정보를 얻게 되면 설령 그것이 별로 중요하지 않은 정보라 할지라도 이들은 기존 정보와 결합해 '보다 크고 보다 선명한 모자이크'들을 가지게 될 것이다. 기관들이 이처럼 엿지있는 모자이크를 가지고 거래를 할 때 자본시장법의 근본적인 규제철학인 '정보평등원칙'에 비해 어떻게 대응할 것인지 우리 금융당국과 검찰 및 법원의 입장이 궁금하다.

- 성희열, 스튜어드십 코드와 내부자거래, 그리고 모자이크이론(아시아경제, 2020.3.10.자)

감사위원회 위원 분리 선임

6. 해결되지 않는 문제(3-1)

□ 상경회사와 금융회사들 동일하게 취급하여야 하는가?

- 이미 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」은 금융회사도 하여금 감사위원 '1명 이상'을 분리선출할 것을 요구(제19조)있으므로 상법 개정안도 큰 문제가 없다고 하는 주장(김태년 더불어민주당 원내대표)도 있지만, 사기업은 영리몰 추구하여 구성원(주주)에게 분배하는 것을 핵심으로 하고 있으므로 금융회사에 적용되는 기관구성원리들 사기업에 강제할 수 없음

- 금융산업의 경우 그 수익구조의 특성으로 인하여 금융산업에 대한 규제가 정당성을 얻고 있지만, 그러한 정당성의 근거가 사기업에 그대로 적용될 수 없다는 것임

제1연은행의 경영진에 대한 주주대표소송에서 대법원은 "금융기관인 은행은 주식회사로 운영되기는 하지만, 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용원시 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지할 통하여 금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치에 있는 것" 이라고 판시함(대법원 2002.3.15. 선고 2000나9086판결)

- "금융은 공공재이며 금융회사는 돈을 벌면 안 된다는 인식이 바뀌지 않는 한 한국 금융산업은 경쟁력을 갖기 어렵다." (금융위원장을 지낸 임종동 연세대 특임교수)[매일경제 (2019.3.20.자)]

감사위원회 위원 분리선임

6. 해결되지 않는 문제[3-2]

세제는 감사위원 분리 선출 도입을 정부·여당이 추진하는 상법 개정안의 대표 독소조항으로 꼽고 있다. 감사위원은 기업의 경영을 감시하는 역할뿐 아니라 일반 경영진인 사내이사와 똑같은 권한이 있다. 상법 개정안은 이런 막강한 자리를 감사위원 분리 선출 도입을 통해 너무 쉽게 외부 세력에 내줄 수 있도록 했다. 한국경제신문이 상법 개정안 불과를 가정해 시뮬레이션한 결과 자동차부품 제조 중소기업인 영신금속의 경우 감사위원 분리 선출 시 절대적 인수권(M&A) 세력이 단 7억원 규모 지분만 있으면 감사위원 선임이 가능한 것으로 나타났다. 기존 법률대로라면 64억원 이상이 필요하다. 그만큼 경영권이 취약해진다는 의미다. 이런 제도를 도입하는 데 이당 원내대표가 “금융회사도 하고 있다”는 논리를 쓴 것이다. 한국의 금융회사는 사기업이어서 사실상 공기업에 가깝다. 최고경영자(CEO)를 뽑는 데도 정부의 입김에서 자유롭지 못하다. 은행, 보험사 등 금융회사가 감사위원 분리 선출을 시행하고 있는 것 역시 공적인 역할이 강조됐기 때문이다. 더구나 금융회사는 실명뿐만 아니라 금융회사 지배구조법으로 따로 관리받는다. 금융회사가 부실 운영되면 예금자, 투자자, 보험계약자 등 국민 전반에 광범위하게 피해가 발생한다. 그렇기 때문에 더욱 엄격한 감독이 필요하다. 대법원 역시 과거 판결을 통해 “은행은 주식회사로 운영되기는 하지만 이윤 추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반 주식회사와는 다르다”고 했다. 일반 사기업과 금융회사는 다르다는 얘기다.

[조미연, “상법 ‘독소조항’ 문제 없다는 김태년,” 『한국경제』 (2020.9.26,자), A6면]

43

감사합니다

44